

THÈSE DE
NANCY.

1882

N^o. 3.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADEMIE DE NANCY.

THÈSES POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉES

A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

DROIT ROMAIN

DE LA

NOVATION

DROIT FRANÇAIS

DE LA

COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX FRANÇAIS

A L'ÉGARD DES ÉTRANGERS

EN MATIÈRE CIVILE & COMMERCIALE

PAR

Marie-Auguste GERBAUT

AVOCAT

NANCY

TYPOGRAPHIE G. CRÉPIN-LEBLOND, 14, GRAND'RUE

—
1882

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADEMIE DE NANCY.

DROIT ROMAIN
DE LA
NOVATION

DROIT FRANÇAIS

DE LA

Compétence des Tribunaux français à l'égard des Étrangers
EN MATIÈRE CIVILE & COMMERCIALE

THÈSES POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉES

A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

PAR

MARIE-AUGUSTE GERBAUT, avocat

Né à Lunéville (Meurthe-et-Moselle), le 27 novembre 1854

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le Lundi 26 juin 1882, à quatre heures du soir.

Président : M. A. LOMBARD, professeur,

Suffragants : { MM. LEDERLIN, professeur-doyen,
BINET, professeur.
CHAVEGRIN, } agrégés.
BOURCART, }

*Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les
autres matières de l'enseignement.*



NANCY

IMPRIMERIE G. CRÉPIN-LEBLOND, 14, GRAND'RUE (VILLE-VIEILLE).

1882.

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY.

- MM. LEDERLIN, I , Doyen, Professeur de Droit romain (2^e chaire), autorisé à faire le cours de Pandectes et Chargé du cours de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières.
- JALABERT, ✱, I , Doyen honoraire.
- LOMBARD (A.), I , Professeur de Droit commercial et Chargé du Cours de Droit des gens.
- LIÉGEOIS, I , Professeur de Droit administratif.
- BLONDEL, A , Professeur de Code civil (2^e chaire), et chargé du cours de Droit constitutionnel.
- BINET, A , Professeur de Code civil (3^e chaire), et Chargé du cours de Droit civil approfondi dans ses rapports avec l'Enregistrement.
- LOMBARD (Paul), Professeur de Code civil (1^{re} chaire).
- GARNIER, Professeur d'Economie politique.
- MAY, Professeur de Procédure civile.
- CHAVEGRIN, Agrégé, Chargé du cours de Droit international privé.
- GARDEIL, Agrégé, Chargé du cours de Droit criminel.
- BEAUCHET, Agrégé, Chargé du cours d'Histoire générale du Droit français public et privé.
- BOURCART, Agrégé, Chargé du cours de Pandectes, autorisé à faire le cours de Droit Romain (2^e chaire).
- LACHASSE, I , Docteur en droit, secrétaire, agent comptable.
-

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du Candidat. Le visa n'est donné qu'au point de vue de la morale et de l'ordre public. (Statut du 9 avril 1825, art. 81.)

A mon Oncle, M. l'abbé Brenier

Témoignage de reconnaissance éternelle.

A ma Mère, à mon Frère

A mes Parents

A mes Amis

TABLE DES MATIÈRES



Introduction	Pages 1 et suivantes.
Définition et caractères généraux	N ^{os} 1 à 5
C'est surtout dans Gaius qu'il faut rechercher les règles de la novation	6
Différentes espèces de novations	7
Division du sujet	8

PREMIÈRE PARTIE

Novation par stipulation.

La stipulation devait être au moins le mode le plus usité de nover	9
---	---

CHAPITRE 1^{er}.

Règles communes.

SECTION 1^{re}. — CONDITIONS ESSENTIELLES DE LA NOVATION

Elles sont renfermées dans les exemples donnés par Gaius	10
---	----

§ 1^{er}. — Obligation ancienne

Pas de novation sans une obligation à éteindre, 11. — La stipulation qui ne peut nover faute d'une dette à éteindre, a-t-elle du moins la puissance d'obliger ? 12 à 15. — *Quid* si la dette existe, mais que l'action du créancier puisse être paralysée par une exception ? 15. — La novation peut s'appliquer à une dette future, 16 et 17. — Elle s'applique à toute obligation, quelles que soient sa source et la manière dont elle ait pris naissance, 18. — Aux obligations sanctionnées par le droit prétorien, 19. — Aux obligations naturelles, 19 à 21. — Peu importe quel soit l'objet de l'obligation, 22. — Ou ses modalités, 23. — La novation peut éteindre plusieurs dettes à la fois, 24. — Stipulation Aquilienne, 25. — Obligations qui ne

peuvent être éteintes par novation, 26. — Il ne suffit pas d'une obligation antérieure; il faut qu'elle soit distincte de celle qui naît de la stipulation, 27 et 28.

§ 2. — *Stipulation régulière.*

PREMIÈRE RÈGLE : Il faut une stipulation régulière pour qu'il y ait novation, 29. — Pas de novation quand la stipulation est nulle, 30. — Quand même elle procure un avantage au créancier, 31. — Stipulation faite avec un esclave, 32. — Avec un pérégrin, 33. — Stipulation conditionnelle, 34. — Conclusion, 35. — Le droit prétorien corrige la rigueur de cette règle, 36.

DEUXIÈME RÈGLE : Il suffit d'une stipulation régulière en la forme, 37. — Théorie de Servius Sulpicius, 38. — Théorie différente de Gaius, 39. — Applications, 40 et 41. — Gaius n'exige pas qu'il y ait création d'une obligation naturelle, 42. — Textes qui confirment cette doctrine, 43. — Conclusion. Comparaison avec le paiement, 44. — Le prêteur fait prévaloir l'équité sur la rigueur du droit strict, 45, 46. — La loi 1^{re}, § 1^{er}, à notre titre, n'est pas contraire à la doctrine exposée, 47. — La stipulation peut être conçue en termes généraux ou spéciaux, 48. — Elle doit renfermer un élément nouveau (renvoi), 49.

§ 3. — *Identité d'objet.*

C'est une condition nécessaire de la novation, 50. — Argument tiré de la définition d'Ulpien, 51. — Des expressions employées par de nombreux textes, 52. — De la loi 4, à notre titre, 53. — De la loi 91, § 6, liv. XLV, tit. 1, 54. — De la loi 56, § 7, au même titre, 55. — Objection et réponse, 56. — Cette doctrine se justifie par le caractère même de la novation romaine, 57. — Elle est confirmée par le silence des textes sur le changement d'objet, 58. — Ce principe n'empêche pas de faire une novation partielle, 59, 60. — Que faut-il entendre par *idem debitum*? 61 à 63. — Progrès de la jurisprudence vers un principe différent, 64.

A. — Ces conditions sont-elles absolument nécessaires (renvoi).... 65. — B. — Sont-elles suffisantes? Faut-il l'*Animus novandi*? 66. — Différents résultats qui peuvent se produire quand on stipule ce qui est dû, 67. — Observations préliminaires, 68. — L'*Animus* n'est pas exigé au temps de Gaius, 69. — Cela résulte du caractère formaliste de la législation à cette époque, 70. — Et des Institutes de Gaius, 71 à 73. — Et de la comparaison de ces Institutes avec celles de Justinien et les textes d'une époque intermédiaire, 74. — Quelle était la formule susceptible d'opérer novation? 75. — Conclusion, 76. — On trouve encore des traces de cette théorie au Digeste, 77 et 78. — L'*Animus* est exigé au temps d'Ulpien, 79. — Applications, 80. — Conséquences, 81. — La formule n'a cependant pas perdu toute son im-

portance, 82. — Interprétation de la volonté des parties, 82, 83. — Changement apporté par Justinien. Quelle en est la portée ? 84, 85.

SECTION II. — EFFETS.

La novation opère une véritable extinction *ipso jure*, 86. — Effet quant aux privilèges, 87. — Aux gages et hypothèques, 88. — Réserve du gage ou de l'hypothèque, 88, 89. — Effet quant aux sûretés personnelles, 90. — Aux *correï promittendi*, 91. — Effet quant à la clause pénale, 92. — Aux intérêts, 93. — *Quid*, pour les intérêts échus ? 94. — La demeure est purgée pour l'avenir, 95. — Quand même la stipulation serait impuissante à opérer novation, 96. — La demeure est-elle effacée pour le passé ? 97. — La novation laisse-t-elle subsister une obligation naturelle ? 98, 99. — Effet positif de la *stipulatio debiti*, 100.

SECTION III. — CAPACITÉ.

Capacité de promettre, 101. — Capacité de stipuler. Règle générale, 102. — Tout créancier le peut, en principe, 103. — Exceptions. *Infans* et fou, 103. — Pupille, 104. — Prodiges interdit, 105. — Mineur de 25 ans, 106. — Le créancier seul peut, en principe, faire novation, 107. — Exceptions. Tuteur, 107. — Curateur, 108. — Mandataire, 109. — *Procurator omnium bonorum*, 109. — *Procurator in rem suam*, 110. — *Adstipulator*, 111. — Exceptions à la règle : *Cui recte solvitur, is etiam novare potest*, 112. — Mandataire pour le paiement, 112. — *Adjectus solutionis gratia*, 113. — Fils et esclave à la tête d'un pécule, 114. — Peut-on novar la créance d'un tiers ? 115. — Le *correus* peut-il novar la créance commune ? Doctrine de Vénuléius, 116, 117. — Doctrine de Paul, 118. — On a tenté de concilier ces deux textes. Premier système, 119. — Deuxième système, 120. — Troisième système, 121. — Quatrième système, 122. — Il faut reconnaître l'existence d'une *controversa*, 123, 124.

CHAPITRE II.

Elément nouveau

Nécessité d'un élément nouveau dans la stipulation, 125. — Fondement de cette nécessité, 126. — Différentes novations au point de vue de l'élément nouveau, 127.

SECTION I. — NOVATION ENTRE LES MÊMES PARTIES.

Le changement doit exister en dehors de l'objet 128

- § 1^{er}. — Changement dans la cause..... 129
- § 2. — Changement dans le terme, 130. — On peut ajouter un terme, 130. — Ou le retrancher, 131.
- § 3. — Changement dans la condition, 132. — Suppression d'une condition, 132. — La novation elle-même est conditionnelle, 132. — Conséquences, 133. — Comment peut-on expliquer la novation conditionnelle? 134. — Utilité de cette novation pour les parties, 135. — La condition affecte-t-elle la seconde obligation, 136. — Adjonction d'une condition, 137. — Doctrine de Servius Sulpicius, 138. — Doctrine de Gaius, 139. — Il faut que la chose existe au jour de l'arrivée de la condition, 140. — *Quid*, quand la chose périt *pendente conditione* après la demeure du débiteur? 141. — *Quid*, si le premier débiteur a été libéré autrement que par la perte de la chose? 142. — Il faut une personne capable d'être obligée au jour où la condition se réalise, 143. — Utilité de cette novation pour les parties, 144. — Cette théorie ne s'applique qu'autant que la stipulation est réellement conditionnelle, 145. — La stipulation conditionnelle n'apporte-t-elle par elle-même aucune modification à la situation antérieure des parties? 146. — Elle empêche le créancier d'exercer la première action, 147. — Elle permet au débiteur d'exercer la *condictio indebiti*, 148. — La première obligation ne peut plus donner lieu à une mise en demeure, 149. — La demeure antérieure est-elle purgée par la stipulation conditionnelle? Première opinion, 150. — Seconde opinion, 151. — On a voulu concilier les textes. Premier système, 152. — Deuxième système, 153. — Troisième système, 154. — Quatrième système, 155. — Cinquième système 156. — Sixième système, 157. — Il faut reconnaître l'existence d'une controverse. Comment on peut l'expliquer, 158. — Effets de la stipulation conditionnelle pour les intérêts et les fruits dus, 159. — Résumé, 160. — Droits du créancier quand la condition ne se réalise pas, 161. — Le droit prétorien corrige ce qu'il peut y avoir de trop rigoureux dans la doctrine de Gaius, 162.
- § 4. — Changement dans les débiteurs accessoires, 163. — L'adjonction ou la suppression d'un *sponsor* opère-t-elle novation? Opinion des Proculiens, 163. — Opinion des Sabinien, 164. — Cette doctrine s'applique-t-elle à tout *adpromissor*? 165 à 168. — L'opinion de Gaius a été adoptée par Justinien, 169. — De l'élément nouveau dans le droit de Justinien, 170.

SECTION II. — NOVATION PAR CHANGEMENT DE PERSONNES.

Différentes hypothèses possibles..... 171

§ 1^{er}. — *Expromissio*.

Différents sens de ce mot, 172. — Différente valeur des prépositions *cum*,

ex et ad dans *correi*, *expromissor* et *adpromissor*, 173. — Comparaison de l'*expromissio* et de la délégation, 174. — Utilité de l'*expromissio*, 175. — Au changement dans la personne peut s'ajouter un autre changement, 176. — A quelles conditions l'*expromissio* opère novation, 177. — Elle peut porter sur plusieurs obligations à la fois, 178. — Effets de l'*expromissio*, 179. — L'*expromissor* a-t-il un recours contre le débiteur primitif? 180.

§ 2. — Délégation.

Les rédacteurs du Digeste rapprochent la délégation de la novation, 181. — En quoi consiste la délégation, 182. — Elle peut opérer novation, 183. — Utilité de la délégation à ce point de vue, 184, 185. — La délégation diffère toutefois de la novation, 186. — Elle peut consister dans une *datio*, 187 à 189. — Elle n'opère pas toujours novation, alors même que le délégué contracte une obligation, 190 à 192. — Elle peut aussi consister dans une libération, 193. — A quelles conditions elle opère novation, 194. — Capacité requise en matière de délégation. Application du Snt. Velléien, 195. — Ce qu'il faut entendre par *intercessio*, en général, 196. — La femme peut-elle jouer le rôle de délégataire? 197. — De délégué? 198. — De déléguant? 199, 200. — Cas où il n'y a pas *intercessio* dans le sens du Sénatus-consulte, 201, 202. — Exceptions au Sénatus-consulte, 203. — Justinien maintient l'incapacité de la femme de s'obliger pour le mari, 204. — Effets du Sénatus-consulte à l'égard de la femme, 205. — Exception du Sénatus-consulte, 205. — *Condictio indebiti*, 206. — Revendication, 207. — Effets à l'égard du débiteur primitif. Restitution d'action, 208, 209.

Effets de la délégation..... 210

A. — Entre le délégué et le délégataire, 211. — *Quid*, si la dette à nover n'existe pas? 211. — Le délégué peut-il opposer au délégataire les exceptions qu'il pouvait opposer au déléguant? Principe, 212. — Il faut toutefois voir l'intention des parties, 213. — Et aussi la formule, 214, 215. — Et la nature de l'exception, 216. — Ces règles s'appliquent-elles quand le délégataire n'est pas créancier du déléguant? 217. — Recours donné au délégué qui a promis par erreur, 218. — *Condictio*, 218. — Exception de dol, 219. — Le délégué peut-il opposer au délégataire les exceptions que le déléguant pouvait opposer au délégataire? 220.

B. — Entre le délégué et le déléguant, 221. — Le délégué peut être libéré envers le déléguant, 221. — *Quid*, quand il n'est pas débiteur du déléguant? 222.

C. — Entre le déléguant et le délégataire, 223. — Le déléguant peut être libéré envers le délégataire, 223. — *Quid*, quand il n'est pas débiteur du délégataire? 224. — Qui supporter les risques de l'insolvabilité du délé-

gué ? 225, 226. — *Quid*, quand c'est un mari qui est délégataire *dotis causâ* ? 227.

SECONDE PARTIE

La stipulation est-elle le seul mode de novér ?

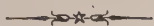
SECTION I. — NOVATION *volontaire*.

§ 1 ^{er} . — Contrats réels ou consensuels.....	228
§ 2. — Pacte de constitut.....	229
§ 3. — Contrat <i>litteris</i> , 230, 231. — Premier système, 232. — Second système, 233, 234. — Il faut décider qu'il ne constitue pas une forme de novation, 235. — Y a-t-il plusieurs contrats <i>litteris</i> ? 236.	
§ 4. — <i>Dotis dictio</i>	237

SECTION II. — NOVATION *nécessaire* ou *judiciaire*.

Litis contestatio. — A quelles conditions on peut la comparer à la novation, 238. — C'est un mode d'extinction distinct de la novation, 239. — Objections et réponses, 240. — Tendance à confondre ces deux modes d'extinction sous une même dénomination, 241. — Analogie entre la novation et la *litis contestatio*, 242, 243. — Différences au point de vue des effets. Principe, 244. — Sûretés personnelles, 245, 246. — Gages et hypothèques, 247. — Privilèges, 248. — Intérêts, 249. — Clause pénale, 250. — Demeure, 251. — La *litis contestatio* laisse-t-elle subsister une obligation naturelle ? 252. — *Quid*, après la sentence d'absolution ? 253. — Premier système, 253. — Système qu'il faut admettre, 254, 255. — Le débiteur peut toutefois reconnaître le mal fondé de la sentence, 256.

DROIT ROMAIN



DE LA NOVATION^(a)

INTRODUCTION

Gaius (1) et Justinien (2) divisent en quatre classes les obligations qui naissent d'un contrat : *Aut enim re contrahitur obligatio, aut verbis, aut litteris, aut consensu* (3). De ces quatre contrats, le plus usité était sans aucun doute le contrat verbal par excellence, la stipulation. On peut même affirmer avec M. Accarias (4) que chez les Romains la stipulation était la règle et que les autres manières de contracter n'étaient que l'exception.

(a) Sources : Gaius, C. III, §§ 176 à 180. — *Digeste*, liv. XLVI, tit. 2, *De novationibus et delegationibus*. — *Institutes* de Justinien, liv. III, tit. 29, §§ 3 et 3^a, *Quibus modis obligatio tollitur*. — Code de Justinien, liv. VIII, tit. 42, *De novationibus et delegationibus*.

(1) Gaius, III, 89.

(2) *Inst.*, III, 13, § 2.

(3) Sous Justinien il n'y a plus en réalité de contrat *litteris*, et la ressemblance entre l'ancien contrat *litteris* et le *chirographum* n'est qu'une apparence trompeuse (V. *infra*, n° 236).

(4) *Précis de droit romain*, t. II, p. 197. — *Contrats innommés*, p. 10.

La stipulation est, en effet, un de ces actes juridiques qui consistent dans certaines formes déterminées par la loi. Elle comprend une interrogation et une réponse conforme (5) à la demande. Peu importe quel soit le contenu de ces actes ; leur essence est dans leur forme qui est comme un instrument dont on peut se servir pour les usages les plus variés. Quand je vous ai interrogé en ces termes : *Spondesne* ? et que vous m'avez répondu : *Spondeo*, ce qui est certain c'est que vous êtes obligé par suite de la formule qui a été régulièrement prononcée. Mais qu'avons-nous voulu faire au fond, moi en stipulant et vous en promettant ? Quel but avons-nous voulu atteindre ? Ce but peut être bien différent ; car, ainsi que nous venons de le dire, la stipulation peut être employée pour les usages les plus divers.

Il suffit d'avoir signalé ce caractère de la stipulation pour apercevoir immédiatement toute son importance et son utilité pratique. Dans sa formule flexible on pouvait faire entrer toutes les conventions (6). Aussi Justinien dit-il très-bien, en parlant des stipulations conventionnelles : *Quarum totidem genera sunt, quot pæne dixerim rerum contrahendarum* (7). Les conventions les plus variées pouvaient ainsi être revêtues de la forme de la stipulation, quel que fût leur but ou leur objet. Et voilà bien pourquoi on peut s'expliquer comment les jurisconsultes romains établissent à propos de la stipulation les règles générales qui dominent toute la matière des obligations contractuelles.

La stipulation offrait ainsi au créancier un moyen facile de donner aux conventions qui avaient été précédemment arrêtées, la force dont elles étaient dépourvues par elles-mêmes. *Ea omnia quæ suprascripta sunt dari spondes* (8) ? Il était de principe, en effet, que le simple pacte ne donnait pas naissance à une action.

(5) L. 1, *De verb. oblig.*, XLV, 1. — *Inst.*, III, 15, § 1^{er}.

(6) Paul, *Sent.*, II, 22, § 2.

(7) *Inst.*, III, 18, § 3. — Pomponius, l. 5, pr., *De verb. oblig.*, XLV, 1.

(8) L. 134, §§ 1^{er} et 3 ; l. 140, pr., *De verb. oblig.*, XLV, 1.

Omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit (9). C'est aussi à l'aide de la stipulation que le créancier se procurait la garantie accessoire d'une caution. Les parties pouvaient d'ailleurs recourir à ce procédé pour sanctionner leurs droits, alors même que par d'autres moyens elles auraient pu se procurer une action (10).

La stipulation pouvait aussi intervenir à l'occasion d'une convention déjà obligatoire par elle-même. C'est ainsi que des obligations nées d'un contrat de vente (11) ou de société (12) pouvaient faire l'objet d'une stipulation. On trouve également la stipulation à côté des contrats réels. Dans le *mutuum*, par exemple, elle intervient à côté de la numération des espèces (13).

Mais à quoi bon une stipulation quand il existe déjà une convention obligatoire par elle-même, qui fournit aux parties un moyen de faire exécuter leurs obligations? La stipulation, en pareil cas, a d'abord cet immense avantage de débarrasser le créancier des difficultés qu'il aurait pu rencontrer pour établir et faire triompher son droit en justice. Elle donne une forme brève et saisissante aux conventions des parties; elle donne à la créance un caractère de certitude et de précision dont elle était dépourvue. Le débiteur se trouve obligé désormais par la puissance de la formule, et l'on peut dire, avec M. Gide (14), qu'en faisant abstraction des chances d'insolvabilité du débiteur, le créancier, une fois nanti du billet qui constate la stipulation, a dans les mains une valeur presque aussi certaine que s'il tenait de l'argent comptant.

L'utilité de la stipulation n'apparaît pas avec moins d'évidence

(9) Paul, *Sent.*, II, 22, § 2.

(10) L. 3, C., *De rerum permutatione*, IV, 64.

(11) L. 3, § 1^{er}, *De actionibus empti et venditi.*, XIX, 1.

(12) L. 71, pr., *Pro socio*, XVII, 2.

(13) L. 6, § 1^{er}, l. 7, *h. tit.*

(14) *Etudes sur la notation et le transport des créances en droit romain* (Paris, 1879), p. 22.

quand on considère sa sanction. Si, par exemple, la source primitive de la créance était une vente ou un autre contrat de bonne foi, la stipulation conférait au créancier une action toute nouvelle. A côté de l'action de bonne foi, il avait une *condictio certi* ou une *condictio incerti*, appelée plus spécialement *actio ex stipulatu*, selon que la stipulation était *certa* ou *incerta* (15). Nous n'insistons pas davantage; il nous suffit d'avoir montré que la stipulation, alors même qu'elle intervenait à l'occasion d'une convention déjà obligatoire par elle-même, pouvait avoir une importance pratique considérable, notamment au point de vue de la preuve et de l'énergie de la sanction.

La stipulation servait donc à donner à une convention la force dont elle était dépourvue, ou à donner plus de force à celle qui était déjà obligatoire par elle-même. Elle constituait aussi, sous Justinien, le seul procédé possible pour opérer novation. C'était, dans le droit classique, sinon la seule forme, du moins la forme la plus importante et la plus usitée de la novation. Vous êtes mon débiteur; mais vous n'êtes tenu envers moi que d'une obligation naturelle, ou sanctionnée seulement par le droit prétorien, et je voudrais transformer votre obligation en une obligation valable *jure civili*. Je suis votre créancier, mais je n'ai pour faire exécuter mon droit qu'une action de bonne foi, et je voudrais avoir une action de droit strict; ou bien je voudrais modifier les clauses de notre première convention; ou bien encore nous voudrions faire passer ma créance ou votre dette sur la tête d'une autre personne. Il ne s'agit plus, comme nous le supposions il y a un instant, de créer simplement une obligation nouvelle, ou de donner plus de force à une convention déjà obligatoire par elle-même qui devra subsister à côté de l'obligation nouvelle. Nous voulons éteindre ma créance primitive pour la remplacer par une créance nouvelle. Eh bien! la *stipulatio debiti* nous offre un moyen facile d'obtenir le résultat que nous avons en vue. Vous

(15) *Inst.*, III, 15, pr.

me devez mille sesterces et je stipule de Titius ce que vous me devez. Aussitôt les deux résultats que nous avons voulu atteindre se trouvent réalisés : vous êtes libéré et Titius est désormais obligé à votre place (16). Et ces deux résultats, remarquons-le bien, quoique distincts, n'en sont pas moins inséparables et se réalisent dans un acte unique et indivisible : vous êtes libéré parce que Titius est obligé envers moi ; l'acte qui vous libère est en même temps l'acte qui oblige Titius. Nous n'avons donc pas anéanti complètement votre dette pour la remplacer par une dette tout à fait nouvelle. Vous êtes libéré sans doute ; mais votre obligation est plutôt transformée que détruite ; elle repose désormais sur la tête de Titius.

C'est la stipulation employée dans le but de nover les créances, qui doit faire spécialement l'objet de cette étude. Mais avant d'entrer dans l'examen des nombreuses questions que nous nous proposons d'étudier, il nous faut en quelques mots définir la novation et indiquer ses caractères généraux.

Définition et caractères de la novation.

1. — Ulpien nous définit ainsi la novation :

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem, transfusio atque translatio : hoc est, cum ex præcedenti causâ ita nova constituitur ut prior perimatur (L. 1^{re}, pr., *De novat.*, XLVI, 2.)

La novation consiste donc dans la translation et, pour ainsi dire, la transfusion d'une première dette en une obligation nouvelle. Il ne suffit pas de la juxtaposition de deux obligations dont l'une est éteinte et l'autre créée ; il faut qu'un acte unique éteigne et fasse naître en même temps une obligation ; il faut qu'entre ces deux dettes il y ait quelque chose de commun,

(16) Gaius, III, 176. — *Inst.*, III, 29, § 3.

quelque chose qui reste, *transfusio atque translatio*. Ce trait commun consiste, comme nous le verrons, dans l'objet de la première obligation qui passe dans la seconde, qui est déduit dans la formule de la stipulation. Ce serait donc une erreur que de ne voir dans la novation romaine que la simple substitution d'une obligation que l'on crée à une obligation que l'on éteint. Aujourd'hui, sans doute, on peut qualifier de novation toute convention par laquelle on éteint une ancienne dette pour la remplacer par une dette nouvelle. Mais ce serait détruire le véritable caractère de la novation à Rome que de vouloir lui appliquer une telle définition. Ce serait décomposer un acte indivisible en deux actes juridiques tout à fait indépendants. Si je conviens avec vous que vous garderez à titre de prêt une somme que vous me devez déjà comme mandataire, il n'y a pas là une novation dans le sens romain. L'analyse juridique découvre dans cette opération deux actes distincts qui supposent une double tradition, l'une faite à titre de paiement et l'autre à titre de prêt. *Videtur mihi data pecunia et a me ad te profecta* (17).

Il faut donc se garder de voir une seule et même institution dans la novation romaine et la novation du droit moderne. « Parmi toutes les expressions d'origine romaine qui ont passé dans notre droit, dit M. Gide (18), combien n'en est-il pas qui ressemblent aujourd'hui à d'anciennes étiquettes laissées par mégarde sur des vases dont on a renouvelé le contenu ! Le mot de novation est une de ces étiquettes trompeuses. »

On peut donc dire que la novation s'opère par la *stipulatio debiti* qui réalise deux résultats différents dans un acte unique et indivisible. Une première obligation est éteinte et une nouvelle obligation est créée ; toutefois entre ces deux dettes il y a quelque chose de commun, c'est l'objet, *idem debitum*. La novation a bien moins pour résultat d'anéantir complètement

(17) L. 15, D. *De reb. cred.*, XII, 1.

(18) *Op. cit.*, p. 2.

une première dette que de la transformer en une autre obligation (19).

La novation, son nom même l'indique, suppose quelque chose de nouveau. *Novatio enim a novo nomen accepit et a novâ obligatione* (L, 1^{re} pr., *De novat.*, XLVI, 2). Il faut en effet une stipulation valable, et une *stipulatio debiti* qui ne contiendrait rien de nouveau serait par là même sans valeur.

De ce qui précède il résulte que la novation romaine peut être définie : *Stipulatio nova prioris debiti*.

2. — Remarquons toutefois que le mot novation s'applique plus spécialement à l'effet libératoire de la *stipulatio debiti* qu'à cette stipulation elle-même. Et voilà bien pourquoi Gaius et Justinien rangent la novation parmi les modes d'extinction des obligations (20). Les commentateurs modernes ont coutume de diviser en deux classes les modes d'extinction des obligations : les uns qui opèrent *ipso jure*, les autres *exceptionis ope*. Toutefois, dans un langage juridique rigoureusement exact, il n'y a de véritable extinction que celle qui opère *ipso jure*. Dans les autres cas le débiteur peut sans doute paralyser l'action à l'aide d'une exception, et échapper ainsi à une condamnation ; mais cette exception elle-même prouve que le droit existe encore, puisque le débiteur est obligé de recourir à un moyen indirect pour en paralyser les effets. C'est donc dans un langage extensif que l'on a pu dire qu'il y a extinction *exceptionis ope*.

La *stipulatio debiti* opère une véritable extinction de l'obligation. Considérée à ce point de vue, elle peut être rapprochée du paiement. *Eò magis cùm eam stipulationem similem esse solutioni existimemus* (21). Comme le paiement, la novation

(19) Nous ne faisons que signaler ici les caractères généraux de la novation qui seront mis en lumière dans les développements qui suivent.

(20) Gaius, III, 176. — *Inst.*, III, 29, § 3.

(21) Vénuléius, l. 31, § 1^{er}, *h. tit.* — Ulpien, l. 8, § 3, *Ad. Int. Velle.*, XVI, l. L. 187, *de verb. signif.*, L, 16.

éteint le droit primitif sans qu'il soit besoin de faire insérer une exception dans la formule, *tollitur obligatio*. Après la novation, comme après le paiement, l'obligation est éteinte définitivement et ne peut renaître. Comme le paiement, la novation peut éteindre toute obligation, quels que soient sa nature, sa source, et son objet. Toutefois, le paiement procure au créancier un bénéfice immédiat, tandis que la novation a seulement pour effet de substituer une obligation à une autre. Au lieu de réaliser immédiatement son droit, le créancier a reçu en paiement une nouvelle promesse (22).

3. — La *stipulatio debiti* produit un effet libératoire, et en se plaçant à ce point de vue, on doit ranger la novation parmi les modes d'extinction des obligations. Mais cette stipulation produit aussi un effet obligatoire : il n'y a libération que parce qu'il y a création d'une nouvelle dette ; le premier effet n'est que la conséquence du second. En se plaçant à ce point de vue, la novation, ou plus exactement l'instrument destiné à l'opérer peut se rattacher tout aussi bien à la théorie des modes de création qu'à celle des modes d'extinction des obligations, puisque la *stipulatio debiti novandi causâ* opère bien moins la destruction complète d'une dette que sa transformation, puisque, à côté de l'obligation qui prend fin, il en est une autre qui prend naissance. Aussi la novation nous apparaît-elle au Digeste avec son véritable caractère, avec sa nature complexe, c'est-à-dire comme une transformation de l'obligation. Les rédacteurs de ce vaste recueil traitent de la novation à propos de la stipulation, la forme romaine par excellence de contracter.

4. — Enfin la *stipulatio debiti*, comme nous le verrons, fournissait aux parties un moyen facile d'opérer le transport d'une dette ou d'une créance. Aussi Gaius nous présente-t-il la nova-

(22) Nous aurons plus d'une fois l'occasion, dans le cours de cette étude, de faire ressortir l'analogie qui existe entre la novation et le paiement et les différences qui les séparent.

tion comme étant pour les créances l'équivalent des modes employés pour transférer la propriété (22 bis).

Donc, en résumé : créer, transporter et éteindre des obligations, tels sont les résultats qui peuvent être obtenus à l'aide de la novation, si on l'envisage au point de vue de l'instrument qui doit l'opérer, et si on la définit, comme nous l'avons fait : *Stipulatio nova prioris debiti*.

5. — La novation n'était pas un de ces actes que la loi qualifie à raison de leur caractère intrinsèque ; c'était un instrument qui pouvait servir aux usages les plus divers. Qu'ont voulu faire les parties par la *stipulatio debiti* ? Peut-être ont-elles voulu resserrer le lien d'obligation, ou le modifier en ajoutant ou retranchant certaine clause, ou simplement préparer la libération du débiteur en transformant la dette en une obligation verbale susceptible de s'éteindre par acceptilation. Si la *stipulatio debiti* intervient *inter diversas personas*, peut-être les parties ont-elles voulu créer au fond une obligation nouvelle ; peut-être n'ont-elles voulu opérer qu'un simple transport de créance ou de dette. Peut-être le créancier a-t-il voulu libérer un débiteur absent, en stipulant *novandi causâ* d'un tiers auquel il fera ensuite acceptilation. Peut-être aussi les parties ont-elles eu recours à la novation dans le but d'éluder la règle qui s'opposait à ce que l'on pût devenir créancier ou débiteur par l'entremise d'un tiers. Quelque variées que soient ces opérations, c'est toujours à la novation que les parties ont recours pour réaliser le but qu'elles se proposent d'atteindre.

6. — Justinien, c'est lui-même qui nous en avertit, a apporté des modifications importantes à la théorie primitive de la novation. *Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris juris ambiguitates reseccantes....* (23). C'est donc à Gaius qu'il faut surtout nous adresser pour établir les véritables règles de

(22 bis) Gaius, II, 38.

(23) L. 8, C., *h. tit.*

la novation romaine, sauf à indiquer les principales modifications qui ont été apportées en cette matière dans la législation de Justinien.

7. — On peut concevoir différentes espèces de novations, soit que l'on se place au point de vue de la forme dans laquelle elle doit s'opérer, soit que l'on considère l'élément nouveau qui se rencontre dans la stipulation. Sous le premier rapport il y a lieu de se demander si la novation peut s'opérer, non-seulement par la stipulation, mais encore par la *dotis dictio* ou le contrat *litteris*, et si elle ne résulte pas également de la *litis contestatio*. Au point de vue de l'élément nouveau que l'on trouve dans la stipulation, il peut y avoir changement dans la dette elle-même, sans qu'il y en ait aucun dans les parties ; il peut aussi arriver qu'un nouveau débiteur ou un nouveau créancier soit substitué à l'ancien, ou que les deux parties à la fois cessent d'être les mêmes. Nous aurons à rechercher si toutes les formes que nous avons indiquées étaient également admises en droit romain, et si les contractants, en créant la seconde obligation, pouvaient y introduire un changement quelconque.

8. — DIVISION DU SUJET. — Dans un but de clarté et afin de ne pas compliquer les différentes questions que nous aurons à examiner, nous supposerons d'abord, dans une première partie, que la novation ne peut être et n'a été opérée qu'à l'aide d'une stipulation. Nous rencontrerons alors un certain nombre de règles communes applicables à toute novation, quel que soit l'élément nouveau introduit dans la stipulation. Ce sera l'objet du chapitre I^{er} de la première partie. Dans un second chapitre nous rechercherons en quoi peut consister ce changement, et nous étudierons les règles spéciales applicables aux différentes espèces de novations. Dans une seconde partie nous nous demanderons si la stipulation était le seul procédé possible pour opérer novation, et si elle ne pouvait pas résulter notamment de la *dotis dictio* et du contrat *litteris*. Enfin nous examinerons quel est l'effet produit par la *litis contestatio* sur l'obligation qui sert de

fondement à l'action ; nous nous demanderons s'il y a là une véritable novation, et quelles sont, en tous cas, les différences qui existent entre la novation ordinaire ou *volontaire* et l'extinction produite par la *litis contestatio*, que l'on a appelée aussi, par opposition à la première, novation *judiciaire*, novation *nécessaire* ou *forcée*.



PREMIÈRE PARTIE

Novation par stipulation

9. — Dans les notions préliminaires que nous avons présentées au début de ce travail, nous avons toujours supposé que la novation s'opérait à l'aide de la stipulation, et il est facile de comprendre que ce devait être, en effet, sinon le seul mode, du moins le mode le plus usité de nover les créances. La novation, envisagée dans son effet extinctif, s'applique à toute espèce d'obligations. En même temps qu'elle éteint une dette, elle donne naissance à une nouvelle obligation. Il y a là sans doute deux résultats distincts, mais deux effets intimement liés, inséparables, dont l'un n'est que la conséquence de l'autre. Le débiteur se trouve libéré de sa première obligation en même temps qu'il est tenu d'une nouvelle dette, et sa libération n'est que la conséquence de la création d'un droit nouveau au profit du créancier. Sous une loi formaliste, comme la loi romaine, cette unité d'opération devait apparaître dans la formule employée pour nover. Il fallait que cette formule pût d'un seul et même coup éteindre l'ancienne obligation et créer la nouvelle.

Cette formule assez puissante pour éteindre toutes les obligations et créer en même temps une obligation nouvelle, nous la trouvons dans le contrat solennel de stipulation. La stipulation peut, comme nous l'avons vu, porter sur toute espèce de conventions. C'est un moule flexible dans lequel on peut verser le contenu de toute obligation. La première dette est éteinte et remplacée par une autre obligation ; elle a perdu son ancienne

forme et a revêtu une forme nouvelle en passant dans la formule de la stipulation. Ces deux résultats, quoique distincts, n'en sont pas moins inséparables ; la *stipulatio debiti*, quoique tendant à un double but, le réalise d'un seul et même coup dans un acte unique et indivisible. Vous m'avez promis ce que vous m'deviez à titre de vente ; aussitôt vous êtes tenu en vertu du contrat verbal, et en même temps vous cessez d'être obligé comme acheteur. L'acte qui vous a obligé est en même temps l'acte qui vous a procuré votre libération.

Il fallait donc décider que la stipulation constituait la forme par excellence pouvant servir à nover les créances. Les textes insérés au Digeste nous montrent, en effet, que la stipulation était le mode employé pour atteindre ce résultat (24). Gaius, lorsqu'il parle de la novation, suppose qu'elle s'est accomplie par le moyen de la stipulation, et c'est ce qui résulte également des Institutes de Justinien (25). Pour le moment, nous supposerons donc toujours que la novation s'opère par la stipulation, puisque c'est là tout au moins le procédé le plus important mis à la disposition des parties pour éteindre une obligation et la transformer en une obligation nouvelle.

CHAPITRE PREMIER.

Règles communes.

Avant de rechercher quel est l'élément nouveau qui peut se rencontrer dans la seconde obligation, c'est-à-dire quelles sont les différentes novations au point de vue du changement opéré,

(24) Ulpien, l. 1. § 1^{er} ; l. 2 ; l. 11, § 1^{er} *h. tit.*

(25) Gaius, III, 176 et suiv. — *Inst.*, III, 29, § 3.

il nous faut étudier plusieurs règles générales relatives aux conditions essentielles de la novation, aux effets qu'elle produit et à la capacité des parties.

SECTION I.

Conditions essentielles de la novation

10. — Gaius, dans les exemples qu'il nous donne, nous montre clairement quelles sont les conditions essentielles de la novation. *Veluti si quod tu mihi debeas a Titio dari stipulatus sim* (26)... Vous me devez quelque chose : il y a une première obligation qui doit être éteinte et transformée en une obligation nouvelle. Je stipule : il faut une stipulation régulière. Je stipule de Titius : il faut l'intervention d'une nouvelle personne, ou, d'une manière plus générale, il faut un élément nouveau dans la stipulation, *aliquid novi*. La stipulation qui ne contiendrait rien de nouveau serait frappée de nullité. Je stipule ce que vous me devez : il y a un lien entre l'obligation qui est éteinte et celle qui est créée, ce lien c'est l'identité d'objet, *idem debitum*. Telles sont les différentes conditions que nous avons à examiner. Nous nous demanderons ensuite si ces conditions sont absolument nécessaires et si elles ont toujours été suffisantes.

§ 1^{er}. — Obligation ancienne.

11. — La stipulation *novandi causâ* a pour résultat d'éteindre une première obligation. C'est là une question que nous examinerons plus loin en parlant des effets de la novation. Nous nous contenterons de signaler ici ce résultat, dans le but de constater qu'il ne peut y avoir novation sans qu'il y ait matière à novation, c'est-à-dire sans une obligation que la stipulation a pour but

(26) Gaius, III, 176 et suiv.

d'éteindre et qui sert de fondement à la nouvelle. *Prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio*. Ce qui n'existe pas ne peut cesser d'exister, et, dès lors, s'il n'y a réellement aucune dette à éteindre, par la force des choses aucune novation ne peut se produire. Si je vous interroge en ces termes : Me promettez-vous ce que vous me devez ? cela suppose que vous me deviez déjà quelque chose, que vous étiez tenu envers moi d'une dette antérieure.

12. — Mais enfin supposons que cette obligation antérieure n'existe pas en réalité. Vous m'avez promis ce que vous me deviez et il ne m'était rien dû. Cette stipulation faite *novandi causâ*, nous venons de le dire, ne peut avoir pour effet d'opérer novation, c'est-à-dire d'éteindre une dette qui n'existe pas ; mais sera-t-elle efficace pour engendrer une obligation ? Serez-vous tenu par la puissance des paroles prononcées, comme si vous me deviez déjà quelque chose en vertu d'une cause antérieure ?

Nous croyons qu'il est impossible de répondre d'une manière absolue à cette question, et que, si dans certains cas la stipulation est impuissante à produire un lien de droit, dans d'autres cas, au contraire, elle ne produira pas moins son effet, bien que la première obligation ait cessé d'exister ou n'ait jamais existé en réalité. Il faut, à notre avis, établir une distinction tirée de la formule même de la stipulation, distinction bien naturelle quand il s'agit d'interpréter un droit formaliste comme le droit romain. Cette distinction découle des deux principes suivants : le premier, c'est qu'il n'y a pas d'obligation qui se forme sans un objet déterminé ; le second, c'est que la cause d'une obligation verbale ne doit pas être recherchée en dehors de la formule qui lui a donné naissance.

Si, sur l'interrogation de Primus, Secundus a promis les mille sesterces qui lui étaient dus par Titius ou que lui-même lui devait déjà à titre de vente, Secundus sera-t-il tenu envers Primus, bien qu'il n'y ait jamais eu de dette antérieure ou qu'elle ait cessé d'exister ? Assurément, à ne tenir compte que de la

volonté des parties, il faudrait décider qu'elles n'ont rien fait ; car elles ont voulu avant tout éteindre une première obligation, et ce but n'a pu être atteint faute d'une obligation antérieure. Mais tel n'était pas, croyons-nous, le point de vue auquel se plaçaient les Romains. L'effet obligatoire peut se produire, bien que l'effet libératoire fasse entièrement défaut ; car la stipulation est indépendante de sa cause naturelle et c'est dans sa formule que réside toute sa puissance. Secundus a promis les mille sesterces qu'un autre devait à Primus ou que lui-même lui devait à titre de vente ; il a ainsi contracté une obligation portant sur un objet déterminé. Qu'il y ait eu, avant la stipulation, une vente, ou que la dette que les parties ont voulu éteindre n'ait existé que dans leur imagination, peu importe ; car désormais la créance de Primus se trouve renfermée dans le cercle étroit et inflexible d'une formule (27). La promesse de l'indû, qui ne peut valoir comme novation, vaut du moins comme promesse obligatoire.

Et, il faut bien le reconnaître, il y avait une certaine logique dans ce résultat. En effet, lorsque Primus a stipulé de Secundus ce qui lui était dû en réalité comme prix de vente, il a compté sans doute sur l'avantage que cette stipulation devait lui procurer, en lui conférant une action plus commode et plus efficace ; mais Secundus, comme nous le verrons, ne sera pas moins libéré par la puissance de la formule, alors même que la stipulation, régulière en la forme, ne procurerait aucun avantage réel au créancier. De même, Secundus ne s'est déterminé à s'obliger qu'en vue de l'avantage qui devait résulter pour lui d'être libéré comme acheteur, et cependant, cette cause fût-elle fausse, il n'en sera pas moins lié par la puissance de la formule.

Mais, au lieu de stipuler une somme fixe, on a pu stipuler d'une manière générale ce qui était dû. Secundus a pu promettre

(27) Gide, *op. cit.*, p. 21 et suiv., p. 255, note 1. — Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 687.

à Primus ce qu'il lui devait à titre de vente. Dans cette hypothèse, si la vente n'a jamais eu lieu, si Secundus était déjà libéré comme acheteur, c'est comme s'il avait promis une chose n'existant pas, et la stipulation ne saurait dès lors produire aucun effet (28). Remarquons-le toutefois, s'il faut établir l'existence de la vente pour que l'effet obligatoire se produise, c'est qu'une obligation ne saurait se former sans un objet déterminé ; mais la stipulation n'en existe pas moins, en principe, indépendamment de sa cause ; c'est toujours la formule qui a la puissance de produire la créance et l'action. En un mot, dans cette dernière hypothèse, la stipulation était nulle seulement faute d'objet.

13. — Si le système des formules avait un grand intérêt pratique, il avait donc aussi ses dangers, et le mécanisme artificiel d'une loi formaliste devait nécessairement avoir pour résultat de blesser souvent l'équité et de produire des effets contraires à la volonté des parties. Dans le premier exemple que nous avons cité, il n'était pas moins contraire à la volonté des parties qu'à l'équité de faire naître une obligation à la charge du promettant, alors qu'il n'avait entendu s'obliger qu'en se libérant d'une obligation antérieure, qui, en réalité, n'existait pas ou avait déjà été éteinte. Mais une double protection était accordée à ce débiteur imprudent qui n'avait prononcé la fatale formule que par erreur et en vue d'une cause fausse et mensongère. Il avait d'abord un moyen de défense, l'exception de dol, à l'aide de laquelle il pouvait repousser la poursuite du créancier. D'autre part, il pouvait user d'un moyen d'attaque, la *condictio sine causâ*, et exiger du créancier la libération d'une dette qu'il avait imprudemment contractée.

Quand Secundus promet à Primus ce qu'il ne lui doit pas, n'est-ce pas comme s'il lui payait ce qu'il ne lui doit pas ? Si Secundus a fait mancipation à Primus d'une chose qu'il croyait lui devoir, celui-ci n'en deviendra pas moins propriétaire de la

(28) Gide, *op. cit.*, p. 31, 32, 255 note 1. — Accarias, *op. cit.*

chose payée, bien que le prétendu débiteur puisse ensuite répéter ce qu'il a payé. De même, si Secundus, sous l'empire d'une erreur, a promis par la formule de la stipulation ce qu'il ne devait pas en réalité, Primus n'en deviendra pas moins créancier, bien que le promettant puisse ensuite répéter, pour ainsi dire, la créance injustement acquise (29). A côté de la *condictio indebiti soluti*, il y avait donc une *condictio indebiti promissi* (30) : celui qui avait promis sans cause pouvait répéter la créance, exiger sa libération, *condicere obligationem* (31), *condicere liberationem* (32). En un mot, la promesse sans cause n'est pas nulle, pas plus qu'une mancipation sans cause : de même que le paiement de l'indû est valable, comme acte translatif de propriété, de même la promesse de l'indû est valable, sinon comme novation, du moins comme promesse obligatoire. Toutefois, dans un cas comme dans l'autre, celui qui a payé ou promis par suite d'une erreur, pourra, par les moyens que nous avons indiqués, faire triompher l'équité sur les principes rigoureux du formalisme.

Remarquons-le toutefois, si par cette *condictio*, comme par l'exception de dol, l'effet de la stipulation se trouvait corrigé en ce qu'il avait d'inique et de contraire à l'intention des parties, la stipulation n'en restait pas moins valable en principe, et son existence même était suffisamment attestée par la nécessité de recourir à ces moyens indirects pour en paralyser les effets. De là une différence profonde entre la stipulation romaine et les contrats du droit moderne, en prenant le mot latin *causa* dans

(29) Julien, l. 2, §§ 3 et 4, *De donat.*, XXXIX, 5. — Ulpien, l. 7, *De doli mali et met. except.*, XLIV, 4. — Nous reviendrons sur ce point lorsque nous nous occuperons spécialement de la délégation. V. *infra*, nos 218 et 222.

(30) Ulpien, l. 31, Dig., *De condict. indeb.*, XII, 6.

(31) Ulpien, l. 1, pr., Dig., *De condict. sine causâ*, XII, 7.

(32) Ulpien, l. 1, pr., *Ut in possession. legat.*, XXXVI, 4. — L. un. C., *De errore calculi*, II, 5.

le sens que lui a donné le législateur français (art. 1131, C. civ.). Aujourd'hui, en effet, la cause est un élément essentiel du contrat ; à Rome, au contraire, le contrat verbal a par lui-même la puissance d'obliger indépendamment de sa cause naturelle.

14. — Plusieurs textes prouvent, en effet, que la stipulation est indépendante de sa cause, et qu'une obligation nouvelle peut être créée sans qu'il y ait nécessairement extinction d'une obligation antérieure. Nous citerons notamment deux lois, l'une qui appartient à Mæcianus, et l'autre à Florentinus. Voilà un fidéicommiss (33) qui n'était pas dû d'après cette loi elle-même, et cependant il va devenir obligatoire lorsqu'il aura été déduit dans la stipulation. Le promettant n'était pas, en droit, tenu de restituer ce qu'il a promis ; néanmoins il a cru qu'il était de son devoir de s'obliger d'une manière efficace. Une obligation parfaitement valable va ainsi prendre naissance à sa charge, au lieu d'un simple devoir qui ne constituait pour lui aucun lien juridique. Le texte suppose sans doute que la promesse a été faite en connaissance de cause, et il en résulte que le promettant ne pourra intenter la *condictio indebiti*. Mais ce principe serait maintenu et le promettant serait obligé par la stipulation, quand même il y aurait eu erreur, sauf à paralyser les effets de la stipulation par les moyens que nous avons indiqués.

Voilà un esclave (34) qui veut nover une obligation relative à son pécule ; il ne le peut pas sans le consentement de son maître. Mais enfin, si les parties ont voulu éteindre cette obligation pour la remplacer par une obligation nouvelle, la novation produira-t-elle son effet ? Non, car il était incapable de faire novation ; mais il y aura néanmoins une nouvelle obligation qui viendra s'ajouter à la première. Il y a donc création d'une obligation nouvelle, sans qu'il y ait en même temps extinction d'une obligation ancienne.

(33) Mæcianus, l. 62, Dig., *De condict. indebit.*, XII, 6.

(34) Florentinus, l. 16, *h. tit.*

15. — Jusqu'ici nous avons supposé que les parties ont stipulé dans le but de nover une dette qui n'existait pas en réalité. Mais il se peut que la première obligation existe et soit seulement inefficace, et que l'action du créancier puisse être paralysée par une exception perpétuelle. Dans cette hypothèse, la *stipulatio debiti* aura pour effet d'éteindre la première obligation *jure civili* et de donner naissance à une nouvelle obligation, peu importe d'ailleurs quelle ait été la formule employée par les parties. Mais il y a lieu de se demander si l'exception qui pouvait être opposée au créancier sur la première action, pourra également lui être opposée sur la seconde. Nous nous réservons d'étudier cette question lorsque nous nous occuperons spécialement de la délégation. Elle gagnera ainsi en clarté ce qu'elle pourra perdre en étendue. (V. *infra*, n^{os} 212 et suiv.)

16. — De ce que la novation exige qu'il y ait réellement une dette à éteindre, il ne faut pas en conclure qu'une stipulation *novandi causâ* ne pourrait s'appliquer à une dette future. Primus a stipulé de Séius : *id quod a Titio stipulatus fuerit* (35); mais, au moment de cette stipulation, aucune obligation n'existe encore à la charge de Titius et au profit de Primus. Si plus tard cette obligation vient à naître, elle passera aussitôt sur la tête de Séius par l'effet de la novation. En même temps qu'elle prend naissance, cette obligation se trouve éteinte et remplacée par la première, puisque nous supposons avec le jurisconsulte que l'intention des parties (36) a été de faire novation, et non de créer deux dettes devant subsister l'une à côté de l'autre.

On peut, au premier abord, s'étonner d'une telle opération et se demander pourquoi Primus ne traite pas directement avec Séius. Cependant cette hypothèse était loin d'être purement

(35) Ulpien, l. 8 § 2, *h. tit.*

(36) L'*Animus novandi* a-t-il toujours été une condition essentielle de la novation? V. les développements donnés sur cette importante question, *infra*, n^{os} 66 et suiv.

théorique, et cette stipulation eut, au contraire, une très-grande importance dans la pratique, tant que la législation romaine ne se départit point de sa rigueur primitive en matière de représentation. Un acte juridique ne peut, en principe, être réputé l'œuvre de personnes qui n'y ont pas figuré. Les effets immédiats d'une convention ne peuvent se réaliser activement ou passivement dans la personne d'un tiers. Cette règle reste vraie, encore que l'un des contractants agisse comme mandataire. La représentation, dans le sens moderne du mot, n'était pas admise chez les Romains. Le mandataire contracte en son propre nom ; c'est lui-même qui devient créancier ou débiteur, bien que ses actes doivent, en dernière analyse, produire leurs résultats en faveur ou à la charge du mandant. Sans parler des complications qu'entraîne nécessairement une pareille théorie, quand le mandataire a touché les créances acquises ou payé les dettes contractées dans l'exercice de son mandat, et des dangers auxquels l'insolvabilité de l'une des parties pouvait exposer l'autre, elle présentait en outre de très-graves inconvénients dans la pratique. Si j'ai peu de confiance dans la personne de celui que vous me présentez comme mandataire, je ne serai certainement pas disposé à traiter avec un individu dont l'insolvabilité peut compromettre mes intérêts. Il y aurait donc à la fois avantage pour moi à me trouver à l'abri de ce danger, et pour vous à être représenté par un mandataire qui jouirait de votre crédit. La novation anticipée permettait d'atteindre ce but et de prévenir les dangers du mandat romain. La stipulation *novandi causâ* d'une dette future devait être assez fréquente dans la pratique, comme le prouvent les derniers mots de la loi 8, § 2, à notre titre : *eoque jure utimur*.

Par la stipulation inverse je promettais au mandant tout ce que le mandataire pourrait stipuler de moi, et le droit de créance né en la personne de ce dernier passait aussitôt sur la tête du mandant, qui évitait ainsi de voir ses intérêts compromis par un mandataire infidèle.

Voilà comment la *stipulatio debiti* permettait à une personne, sur le point de s'absenter, de constituer un mandataire et de faire produire à ce mandat, à l'aide d'une novation anticipée, les effets du mandat moderne, c'est-à-dire de faire naître les créances et les dettes au profit ou à la charge du mandant.

17. — Plusieurs tempéraments furent d'ailleurs apportés à la rigueur primitive de la théorie romaine dans la matière du mandat. Le principe du droit civil fut d'abord largement entamé par le préteur qui fit, on peut le dire, un pas hardi vers l'idée de représentation, en établissant des actions au moyen desquelles le préposant (*exercitor*) (37) pouvait être poursuivi par les tiers qui avaient contracté avec le préposé (*magister navis* ou *institor*) (38). Le préposant était soumis à l'action *exercitoria* quand c'était par un *magister navis* que l'obligation avait été contractée, et par l'action *institoria* quand c'était par un *institor* (39). L'idée qui avait inspiré le préteur fut généralisée par Papinien qui permit aux tiers devenus créanciers du mandataire d'exercer contre le mandant une action utile *ad exemplum institoriae actionis*, ou *quasi-institoriam* (40). On alla plus loin encore, et nous voyons Ulpien, dans un but de réciprocité, accorder au mandant le droit de poursuivre au moyen d'actions utiles les tiers devenus débiteurs du mandataire (41).

(37) Ulpien, l. 1, § 15, *De exercit. act.*, XIV, 1.

(38) Ulpien, l. 1, §§ 1 et 6, *De exercit. act.*, XIV, 1. — L. 3, *De insti. act.*, XIV, 3.

(39) Gaius, IV, 71. — *Inst.*, IV, 7, §§ 2 et 2^a. — Le préposant pouvait-il exercer les actions nées en la personne du préposé? V. sur ce point, Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 528.

(40) Papinien, l. 31, pr., Dig., *De negot. gest.*, III, 5. — L. 19, pr., *De instit. act.*, XIV, 3. — Ulpien, l. 10, § 5, *Mandati, vel contrà*, XVII, 1. — L. 13, § 25, *De act. empt. et venditi*, XIX, 1. — L.L. 5 et 6, C., *De instit. et exercit. act.*, IV, 25.

(41) L. 13, § 25, *De act. empti et venditi*, XIX, 1. — Plusieurs interprètes ont dit que cette réciprocité était déjà admise par Papinien. V. en sens contraire, Accarias, *op. cit.*, p. 527, note 3.

La novation des dettes futures ne fut pas cependant abandonnée ; ce qui le prouve, c'est que la loi 8, § 2, dont nous parlons en ce moment appartient à Ulpien lui-même. Cette théorie du mandat n'était pas encore, en effet, la véritable théorie de la représentation ; car, si le mandant devenait créancier et débiteur par le fait du mandataire, la personne de ce dernier n'était pas encore mise hors de cause. Il en résultait, notamment, que, s'il s'était obligé envers un tiers, il pouvait encore être poursuivi de préférence au mandant (42). Voilà pourquoi la novation anticipée d'une dette future conserva encore de l'utilité, même après les innovations du préteur.

18. — La novation peut-elle s'appliquer indifféremment à toute obligation ? N'y a-t-il pas lieu de faire quelque distinction d'après sa source, son caractère, son objet ou ses modalités ? Ulpien nous donne lui-même la réponse à cette question dans la loi 1, § 1^{er}, à notre titre, où, après avoir défini la novation, il ajoute :

Illud non interest qualis processit obligatio : utrum naturalis, an civilis, an honoraria ; et utrum verbis, an re, an consensu ; qualiscumque igitur obligatio sit quæ præcessit, novari verbis potest...

Le même jurisconsulte nous dit encore dans la loi 2, au même titre : *Omnes res transire in novationem possunt ; quodcumque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novari potest, et transire in verborum obligationem ex quâcumque obligatione.....*

Il n'y a donc aucune distinction à faire d'après la source de l'obligation et la manière dont elle a pris naissance : peu importe qu'elle provienne d'un contrat ou d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit ; peu importe comment elle ait été formée ; que ce soit par les paroles ou autrement, *sive verbis*,

(42) Ulpien, l. 1, § 17 ; Paul, l. 5, § 1^{er}, *De exercit. act.*, XIV, 1.

sive non verbis: dans tous les cas l'obligation est également susceptible d'être novée. La novation est donc, comme le paiement, un mode d'extinction d'une portée générale, s'appliquant à toute obligation, quels qu'en soient la source et le mode de formation.

19. — La novation s'appliquait encore indistinctement aux obligations sanctionnées par le droit civil ou le droit prétorien. Enfin, il n'y a pas à distinguer davantage, suivant que la créance est ou non munie d'une action. L'obligation naturelle peut, comme les autres, fournir la matière de la seconde obligation et devenir la base de la novation ; car elle peut être valablement payée, et la novation est semblable au paiement (43). Faisons quelques applications de ce principe.

20. — L'obligation naturelle qui peut exister à la charge de l'esclave, est susceptible d'être novée, soit que pendant l'esclavage un tiers s'engage à sa place *novandi causâ*, car la promesse faite dans ce but par l'esclave serait impuissante à opérer novation ; soit que l'esclave, après son affranchissement, consente à nover lui-même l'engagement contracté pendant le temps de l'esclavage. La promesse de l'esclave ne constitue pas plus une donation que le paiement d'une obligation naturelle fait en connaissance de cause (44).

De même que l'esclave peut être obligé naturellement envers son maître, de même ce dernier peut être tenu d'une semblable obligation vis-à-vis de son esclave (45). L'obligation du maître envers l'esclave pourra sans doute être novée lorsque ce dernier aura été affranchi, et même pendant qu'il est placé sous la puissance du maître, un tiers pourra, du consentement de l'esclave, stipuler ce que le maître lui doit ; mais jusqu'à l'affranchissement l'esclave ne peut stipuler *novandi causâ*, car une telle stipulation

(43) V. *suprà*, note 21.

(44) Ulpien, l. 19, § 4, *De donat.*, XXXIX, 5.

(45) Tryphoninus, l. 64, Dig., *De condict. indeb.*, XII, 6.

aurait pour résultat de faire acquérir la créance au maître lui-même (46).

Les contrats faits entre deux personnes, dont l'une est soumise à la puissance de l'autre, n'engendrent pas d'obligations civiles. Entre le père et le fils, comme entre le maître et l'esclave, il n'y a donc que des obligations naturelles, du moins en principe et en faisant abstraction des limitations successives que cette règle subit à raison de l'introduction des pécules. Signalons cependant une différence importante entre l'esclave et le fils de famille au point de vue de la novation. Le fils peut, en effet, à la différence de l'esclave, nover la dette dont il est tenu envers son père, et cela bien qu'il soit encore en puissance ; car il peut figurer valablement dans une stipulation. Si les parties ne sont pas changées, il est vrai que l'intérêt pratique de cette solution sera moins considérable, puisque en vertu de la seconde stipulation, comme en vertu de la première, le fils ne sera tenu que d'une obligation naturelle envers le père ; mais la novation n'en sera pas moins possible, car pour l'opérer il suffit, nous le verrons bientôt, d'une stipulation valable et régulière en la forme.

Le pupille qui a contracté sans *l'auctoritas tutoris* est-il tenu d'une obligation naturelle ? Cette obligation existait à sa charge dans le droit de Justinien, et telle était déjà la doctrine générale des jurisconsultes classiques. Toujours est-il qu'Ulpien nous enseigne que la promesse du pupille peut servir de base à une novation valable, qui ne constitue pas une donation (47). Cette solution elle-même vient à l'appui de ce que nous disions sur le caractère de l'obligation du pupille non autorisé. Si la promesse *novandi causâ* est faite par le pupille lui-même, il lui faudra, comme le suppose la loi 19, § 4, *De donationibus*, livre XXXIX, titre 5, *l'auctoritas tutoris* pour que la seconde obligation soit

(46) Ulpien, l. 45, pr., *De verb. oblig.*, XLV, 1. — Paul, l. 56, § 1^{er}, *De fidej.*, XLVI, 1.

(47) L. 1, § 1^{er}, *h. tit.* — L. 19, § 4, *De donat.*, XXXIX, 5.

pleinement efficace ; car, s'il agissait seul, la seconde stipulation, suffisante sans doute pour opérer novation (48), ne pourrait produire également qu'une obligation naturelle. Il pourra évidemment s'obliger seul dans le but de nover et d'une manière efficace pour le créancier, lorsqu'il aura atteint l'âge où il lui est permis de contracter une obligation valable.

21. — Il nous suffit d'avoir donné ces quelques exemples, car vouloir appliquer notre principe dans tous les cas où il peut se présenter, ce serait prétendre à un exposé complet des obligations naturelles en droit romain. Nous nous contenterons de rappeler la règle : que les obligations naturelles peuvent servir de cause à la novation. Cette solution présente un intérêt particulier dans les deux hypothèses suivantes : 1° La stipulation faite *novandi causâ* sera suffisante pour donner naissance à une obligation, bien qu'elle ait été faite dans cette forme vague : *id quod debes, spondesne* ? Nous avons vu, au contraire, qu'elle n'en produirait aucune en l'absence totale d'une dette antérieure (V. *suprà*, n° 12). Dans cette dernière hypothèse, en effet, la stipulation manquerait en réalité d'objet. 2° D'autre part, si c'est par erreur que le débiteur naturel a consenti à nover, la *condictio indebiti* ne lui compète pas. Nous savons, au contraire, qu'elle lui serait donnée, s'il avait promis alors qu'il ne devait absolument rien (V. *suprà*, n° 13).

22. — De ce qui précède il résulte que la novation peut s'opérer dès qu'il y a une première obligation à éteindre, quels que soient d'ailleurs son origine et son caractère, et de quelque manière qu'elle se soit formée. Il n'y a pas davantage à considérer l'objet de la première obligation. C'est ce qui résulte de la loi 2, à notre titre, que nous avons déjà citée : *Omnes res transire in novationem possunt*.

23. — Il n'y a pas non plus, en principe, à s'occuper des modalités

(48) Gaius, III, 176. — *Inst.*, III, 29, § 3.

de la première obligation : une dette à terme ou conditionnelle peut servir de base à la novation, aussi bien qu'une dette pure et simple. Nous aurons toutefois à rechercher quelles peuvent être les règles spéciales applicables à cette dernière espèce de novation, quand nous nous occuperons de l'élément nouveau qui doit se rencontrer dans la stipulation, et que nous parlerons spécialement de la suppression d'un terme ou d'une condition (V. *infra*, n^{os} 131, 132 et suiv.)

24. — La novation n'est pas non plus limitée quant au nombre des obligations à éteindre, et la stipulation peut s'appliquer à plusieurs dettes, aussi bien qu'à une seule. Si Primus stipule de Secundus ce qui lui est dû par Séius et par Titius, aussitôt les deux obligations viennent, pour ainsi dire, se réunir sur la tête d'une troisième personne, et les deux débiteurs se trouvent libérés par l'effet de la novation, quelle qu'ait été la cause de l'une et de l'autre obligation (49).

25. — Pour mieux saisir encore toute la portée de la novation au point de vue des obligations à éteindre, il faut se reporter un instant à la formule connue sous le nom de stipulation Aquilienne.

L'acceptilation ne peut avoir pour effet de libérer le débiteur *ipso jure* qu'autant qu'elle est employée pour éteindre une obligation contractée elle-même *verbis*. Lorsqu'une obligation ne s'est point formée *verbis*, si le créancier veut en faire remise au débiteur par acceptilation, comment devra-t-il donc s'y prendre ? Il devra d'abord la transformer en une obligation verbale au moyen de la novation ; puis à cette obligation verbale il pourra ensuite appliquer l'acceptilation. *Sed et id quod ex aliâ causâ debeatur, potest in stipulationem deduci, et per acceptilationem imaginariâ solutione dissolvi* (50). Nous trouvons précisé-

(49) Gaius, I, 34, § 2, *h. tit.*

(50) Ulpien, I, 8, § 3, *De acceptil.*, XLV, 4. — Gaius, III, 170. — *Inst.*, III, 29, § 1^{er}.

ment une application et un développement de cette idée dans la stipulation Aquilienne, qui permettait à une personne tenue envers une autre à différents titres par suite des rapports multiples qui avaient existé entre elles, de ramener ces obligations diverses à une obligation unique qui était ensuite éteinte par acceptilation. Aquilius Gallus, contemporain de Cicéron et jurisconsulte distingué, avait acquis entre tous les jurisconsultes de son temps une grande autorité auprès du peuple (51). Il imagina plusieurs formules pour éviter des rigueurs ou tourner des difficultés du droit civil (52), et il fut également l'auteur de celle dont nous parlons et à laquelle il a donné son nom. Voici quels étaient les termes de cette formule, telle qu'elle nous est rapportée aux Institutes de Justinien :

« *Quidquid te mihi ex quâcumque causâ dare facere oportet, oportebit, præsens in diemve, quarumque rerum mihi tecum actio, quæque abs te petitio, vel adversus te persecutio est, erit, quodque tu meum habes, tenes, possides, possideresve, dolove malo fecisti quominus possideas : quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius ; spopondit Numerius Negidius. » Item e diversô Numerius Negidius interrogavit Aulum Agerium : « *Quidquid tibi, hodierno die, per Aquilianam stipulationem spopondi, id omne habesne acceptum ? Respondit Aulus Agerius : Habeo acceptumque tuli* (53). »*

Dans ce texte que nous venons de transcrire on aperçoit de suite qu'il y a deux formules distinctes : l'une est un modèle spécial de stipulation ; l'autre est un modèle d'une acceptilation adaptée à cette stipulation. Cette formule est donc intéressante

(51) Pomponius, l. 2, § 42, *De orig. jur.*, I, 2.

(52) Scævola, l. 29, pr., *De liber. et posthu.*, XXVIII, 2. — Cicéron, *De officiis*, liv. III, n° 14. *De naturâ deorum*, liv. III, n° 30.

(53) *Inst.*, III, 29, § 2. — Cpr. Florentinus, l. 18, § 1^{er}, *De accept.* XLVI, 4.

à étudier au point de vue de la novation et de l'acceptilation, car elle complète tout à la fois la théorie de l'une et de l'autre ; mais nous n'avons à l'envisager ici qu'au premier point de vue.

La stipulation Aquilienne a pour but de nover toute espèce d'obligations d'un seul coup et par une seule formule. Quand on examine, en effet, en détail les termes dans lesquels elle a été rédigée, on est frappé du soin et de la précision apportés par son auteur pour qu'elle embrasse toutes les hypothèses possibles. *Quidquid ex quâcumque causâ dare facere* Peu importe qu'il s'agisse d'une obligation de faire ou de donner ; peu importe quelle soit la cause de cette obligation (54). *Præsens in diemve, oportet, oportebit* Peu importe que la dette soit actuellement exigible ou seulement à terme. On y comprend même les obligations conditionnelles, le présent et l'avenir (55). Les parties ont considéré le droit comme existant et ont voulu l'éteindre en même temps que les autres. *Quarumque rerum mihi tecum actio est eritve Actio* est un terme général qui désigne les actions que l'on peut qualifier ordinaires, le droit de poursuivre devant un juge ce qui nous est dû (56) ; mais on désigne plus spécialement par là les actions personnelles. *Quæque adversus te petitio* On emploie ce mot par opposition à *actio* pour désigner l'action réelle (57). *Vel adversus te persecutio* Ce mot est réservé pour désigner le cas où il y a *cognitio extraordinaria* (58). *Quodve tu meum habes, tenes, possidesve* Pour toutes les choses miennes que tu as, détiens, possèdes, peu importe à quel titre ait lieu la détention de la chose sur laquelle je prétends exercer mon droit. *Dolove*

(54) Ulpien, l. 4, Dig., *De transact.*, II, 15.

(55) Ulpien, *loc. cit.*

(56) Celsus, l. 51, *De oblig. et act.*, XLIV, 7.

(57) V. sur le sens de ces deux mots, Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 941 et note 1. — L. 178, § 2, *De verb. signif.*, L, 16.

(58) Ulpien, l. 178, § 2, *De verb. signif.*, L, 16.

malo fecisti quominus possideas , ajoute encore la formule, telle qu'elle nous est présentée par les Institutes. Il se peut, en effet, que l'on ait cessé de posséder par dol ; mais une telle fraude ne met pas celui qui s'en est rendu coupable à l'abri de l'action en revendication (59). Pour toutes ces choses, Aulus Agerius a stipulé qu'il lui serait donné une somme d'argent équivalente, et Numérius Négidius a promis cette somme.

On peut s'étonner tout d'abord de voir que la stipulation Aquilienne, qui nous est présentée comme un procédé de novation, porte sur toute espèce de droits compris dans le patrimoine, aussi bien sur les droits réels que sur les droits de créance ; car les droits réels ne sauraient être éteints par une stipulation faite *novandi causâ*. Cette objection serait sans doute fondée, s'il s'agissait de nover le droit réel lui-même tel qu'il existe, considéré dans sa forme actuelle ; mais ce n'était pas là l'objet de la stipulation Aquilienne. Ce qu'on veut nover, c'est le droit qui résulterait de la *deductio in litem* ; la stipulation s'applique à la quantité indéterminée que le juge aurait eu pour mission de liquider. La novation se comprend dès lors ; car, si le procès avait eu lieu, le droit aurait été transformé en une créance ayant pour objet une somme d'argent. Pour s'en convaincre il suffit de considérer les termes mêmes de la formule. Les parties y sont appelées : Aulus Agérius et Numérius Négidius, expressions consacrées pour désigner le demandeur et le défendeur au procès. Ce qui sert de base à la stipulation, ce n'est pas simplement le droit de créance ou le droit réel du stipulant, mais l'action qui peut être ou qui pourra être exercée en vertu de ce droit. *Quarumque rerum mihi tecum actio* *est eritve*. Les expressions employées pour désigner l'objet de la stipulation, c'est-à-dire l'estimation du droit, se retrouvent également dans les *condemnationes incertæ* : *quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna ; si non paret,*

(59) Paul, l. 27, § 3, Dig., *De rei vind.*, V, 1.

absolvito (60). En dehors de cette démonstration tirée de la formule même de cette stipulation, on peut encore citer des textes qui supposent, en effet, que la stipulation Aquilienne s'appliquait au droit supposé déduit en justice (61).

Telle était la stipulation Aquilienne, simplifiant par une seule novation tous les rapports d'affaires existant entre deux parties et provenant des causes les plus diverses. Elle avait en outre l'avantage de préparer l'acceptilation, en transformant en une obligation *verbis* toutes les obligations nées d'autres contrats. On peut dire que c'était une sorte de *stipulatio debiti* générale, qui enveloppait dans une seule formule toutes les prétentions du créancier.

La stipulation Aquilienne, telle qu'elle est rapportée aux Institutes, et comme cela résulte de sa formule même, avait bien moins pour but de créer une obligation définitive que de transformer en obligation verbale celles qui existaient auparavant pour arriver à l'éteindre ensuite par acceptilation (62). Aussi, est-ce à ce dernier mode d'extinction que Justinien la rattache plus spécialement (63). Elle offrait aux parties un moyen précieux d'opérer une transaction (64), en leur permettant de faire porter la stipulation sur les droits les plus divers par leur nature et leur objet. Mais c'est surtout dans son application aux droits réels qu'elle avait un véritable caractère d'originalité, et qu'elle présentait une utilité pratique d'une grande importance.

26. — Nous venons de voir que toute obligation peut faire l'objet d'une novation valable, quels qu'en soient la cause, le mode de formation, les modalités et l'objet, et nous avons

(60) Gaius, IV, 51.

(61) L.L. 4 et 32, C., *De transact.*, II, 4.

(62) Florentinus, l. 18, § 1^{er}, *De acceptilat.*, XLVI, 4.

(63) *Inst.*, III, 29, § 2.

(64) Aussi, la plupart des textes qui nomment la stipulation Aquilienne, se réfèrent expressément à la transaction, ou sont placés sous la rubrique : *De transactionibus*.

montré une application remarquable de cette règle dans la stipulation Aquilienne. Toutefois, cette règle, malgré sa généralité, souffre certaines exceptions : il y a des droits qui ne sauraient faire l'objet d'une novation.

Ulpien nous présente une de ces exceptions dans la loi 4, à notre titre : *Si usufructus debitorem meum delegavero tibi, non novetur obligatio mea*. Le propriétaire du fonds Cornélien a promis l'usufruit de ce fonds à Primus. Ce dernier délègue son débiteur à Secundus, et sur cet ordre, le débiteur promet à Secundus l'usufruit du fonds Cornélien. Il n'y a pas novation, nous dit le jurisconsulte. Qu'en résulte-t-il ? De ce que la novation est impossible, il résulte que la créance de Primus n'est pas éteinte ; mais, d'un autre côté, la promesse faite à Secundus est valable en elle-même pour obliger, bien qu'elle soit impuissante à opérer novation de la créance de Primus. Cette solution est évidemment contraire à l'équité et à l'intention des parties : ce qu'elles veulent, c'est que Secundus devienne usufruitier et que Primus cesse de l'être ; et voilà que Secundus deviendra créancier sans que Primus ait perdu son droit. Il y aura donc deux créances, et le débiteur aura à sa charge deux dettes au lieu d'une seule. Telle est la conséquence qui résulte de ce qu'il n'y a pas novation dans notre hypothèse, si nous appliquons les principes du droit strict.

Toutefois, l'équité triomphe du droit rigoureux, et la créance de Primus se trouve en réalité éteinte, non pas, il est vrai, par novation, mais par un moyen détourné, *exceptionis ope*. Si donc Primus, au mépris de la convention intervenue, veut encore poursuivre son débiteur et se prévaloir de ce que la novation n'a pu avoir lieu, sa prétention sera repoussée par une exception. *Quamvis exceptione doli, vel in factum, tutus debeat esse adversus me is qui delegatus fuerit*. Il en sera ainsi, non-seulement tant que Secundus vivra, et que le débiteur lui fournira l'usufruit, mais encore après sa mort. En vain le délégant, Primus, prétendrait-il que le délégué doit le lui fournir, puisque

Secundus qui tenait sa place n'existe plus. A cette prétention le délégué pourrait toujours répondre victorieusement : Sans doute, la mort de Secundus est un avantage pour moi ; j'ai gagné à l'avoir pour créancier à votre place ; mais il est juste que je profite de cet avantage, car je courais aussi la mauvaise chance de voir ma dette d'usufruit s'aggraver, si vous étiez mort le premier et que Secundus ait vécu longtemps encore après vous. *Et non solum donec manet ejus ususfructus cui delegavi, sed etiam post interitum ejus videbimus : quia etiam hoc incommodum sentit, si post mortem meam maneat ei ususfructus.* Ulpien, en terminant, généralise sa décision et l'étend à toutes les créances analogues à celle d'usufruit, qui sont inséparables de la personne du créancier. *Et hæc eadem dicenda sunt in quâlibet obligatione personæ cohærenti.*

Et maintenant, pourquoi n'y a-t-il pas novation possible en pareil cas ? Est-ce simplement, et abstraction faite de toute autre considération, à cause du caractère personnel de la dette d'usufruit ? Ne faut-il pas, au contraire, y voir une preuve, en même temps qu'une application de cette idée que la novation ne peut s'opérer qu'autant qu'il y a identité d'objet dans la première et la seconde obligation, condition qui fait défaut lorsque l'usufruit, au lieu de reposer sur la tête de Primus, va désormais reposer sur celle de Secundus ? Quoi qu'il en soit, il est certain que, pour l'un ou l'autre de ces motifs, les obligations qui sont inséparables de la personne, ne sauraient par l'effet de la novation passer sur la tête d'une autre personne. Le dernier de ces points de vue nous paraît le plus exact ; nous aurons l'occasion de revenir sur cette question, lorsque nous rechercherons si l'identité d'objet est, en effet, une condition nécessaire de la novation (V. *infra*, n° 53). Nous voulons seulement constater ici et montrer par un exemple qu'il y a des exceptions à la règle : que toute obligation peut servir de base à une novation.

27. — Nous venons de poser et de développer le principe que sans obligation à éteindre il n'y a pas de novation possible. C'est là

une condition nécessaire ; mais il ne suffit pas, pour qu'il y ait novation, qu'une stipulation intervienne après une convention déjà obligatoire par elle-même ; il faut encore qu'il y ait deux actes distincts, deux obligations indépendantes, puisque la novation suppose qu'il y a extinction d'une obligation et création d'une obligation nouvelle. La stipulation, nous l'avons dit au début de ce travail, pouvait intervenir après une convention déjà obligatoire par elle-même : à côté de son action primitive, le créancier pouvait se ménager une sanction plus énergique, la *condictio* née de la stipulation. Il se peut également que les parties aient voulu faire novation, éteindre la première obligation pour la transformer en une obligation nouvelle. Mais il y a des circonstances dans lesquelles aucune de ces deux solutions ne saurait être admise.

C'était un usage très-répandu à Rome que de stipuler les sommes prêtées. Supposons donc l'hypothèse suivante : Je vous ai prêté de l'argent et en même temps je stipule de vous la somme prêtée. Ce serait assurément méconnaître notre intention que de considérer la stipulation comme destinée à former un contrat qui doive exister à côté du *mutuum*. Nous n'avons pas voulu davantage faire novation ; nous n'avons pas entendu faire naître une obligation *ex mutuo* pour la remplacer immédiatement par une obligation *ex stipulatu*. La numération n'a pas été faite dans le but de produire directement une obligation, mais seulement pour servir de cause à la stipulation. En un mot, il n'y a pas deux contrats qui coexistent ; il n'y a pas même deux contrats dont l'un succède à l'autre ; il n'y en a qu'un et il n'y en a jamais eu qu'un seul, c'est un contrat *verbis*. C'est ce que nous trouvons exprimé de la manière la plus formelle dans plusieurs textes de Pomponius, de Paul et d'Ulpien. *Quotiens pecuniam mutuam dantes, eandem stipulamur, non duæ obligationes nascuntur, sed una verborum* (65). — *Cùm*

(65) Paul, l. 126, § 2, *De verb. oblig.*, XLV, 1.

pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione, et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est (66). Il ne peut donc y avoir novation puisque les parties n'ont voulu faire qu'un seul contrat, peu importe d'ailleurs que la numération ait précédé ou suivi la stipulation (67); peu importe que ces deux actes aient été faits à un certain intervalle, pourvu, dans ce dernier cas, que dès le début les parties aient envisagé ces deux opérations comme devant se compléter l'une l'autre et se fondre en un seul tout.

28. — Il n'y a donc qu'un seul contrat, une stipulation, par conséquent le créancier aura la *condictio* ou l'action *ex stipulatu*. L'intérêt de cette question apparaît avec évidence quand le premier contrat ne pouvait procurer au créancier qu'une action de bonne foi. Nous avons, en effet, toujours supposé un *mutuum* suivi d'une stipulation; mais la stipulation pouvait aussi intervenir à la suite d'un autre contrat, tel qu'un contrat consensuel.

Quel peut être l'intérêt de la question quand il s'agit d'un *mutuum*? Je vous ai prêté mille sesterces et je les stipule de vous en même temps. Qu'importe qu'il y ait *mutuum* ou stipulation? qu'importe que le créancier puisse intenter l'action née du *mutuum* ou l'action *ex stipulatu*? N'aura-t-il pas dans les deux cas une action de droit strict, une *condictio*? Sans doute, la question, dans cette hypothèse, a beaucoup moins d'importance que dans les autres; cependant elle n'est pas dépourvue de tout intérêt et la situation des parties sera différente selon qu'il y aura *mutuum* ou stipulation, et que le créancier invoquera l'un ou l'autre de ces contrats. Si le débiteur est obligé en vertu de la stipulation il pourra être libéré par acceptilation, mode d'extinction particulier à l'obligation *verbis*. Il ne le pourra pas, au contraire, du moins directement (68), s'il est tenu en vertu d'un

(66) Ulpien, l. 6, § 1^{er}; Pomponius, l. 7, *h. tit.*

(67) Ulpien, *loc. cit.*

(68) Ulpien, l. 13, § 7, *De acceptil.*, XLVI, 4.

mutuum. D'un autre côté, si nous supposons que le contrat est intervenu dans l'intérêt d'un tiers, il sera nul, si l'on considère uniquement la stipulation (69) ; car, en stipulant pour un tiers je ne fais naître aucune créance ni pour lui ni pour moi. Au contraire, s'il y a *mutuum*, je peux, par un pacte adjoit à la numération, obliger l'emprunteur à s'acquitter entre vos mains, et cela suffit pour vous rendre créancier (70). La situation du créancier n'est pas non plus la même selon qu'il agit par l'action *ex mutuo* ou par l'action *ex stipulatu*. Le prêteur qui poursuit son remboursement doit établir qu'il a transféré la propriété ; au contraire, lorsque j'invoque une stipulation par laquelle vous m'avez promis les mille sesterces que je vous ai comptés, je n'ai qu'à établir le fait de la stipulation. Sans doute, le demandeur qui invoque cette promesse pourra se voir opposer par le défendeur l'exception *non numeratæ pecuniæ*, et c'est sur lui que retombera le fardeau de la preuve. Toutefois, même dans cette hypothèse, sa situation est encore meilleure que celle du créancier qui agit *ex mutuo*. Cette exception ne peut, en effet, être opposée au demandeur que pendant un certain délai (71). De plus, s'il doit faire la preuve de la numération, il est dispensé de justifier que cette numération a été translatrice de propriété.

Ainsi donc, la stipulation ajoutée au *mutuum* ne fait que le confirmer et ne le nove pas ; il n'y a qu'une seule obligation, c'est une obligation *verbis*. Il faut toutefois reconnaître qu'il y a un double fondement à cette obligation, car la stipulation ne détruit pas la numération des deniers. En ce sens on peut dire qu'il y a tout à la fois obligation *re* et *verbis* (72). Cette observation est très-importante pour le cas où la stipulation serait nulle. Dans

(69) Ulpian, l. 9, § 4, Dig., *De reb. cred.*, XII, 1.

(70) Ulpian, l. 9, § 8, Dig., *De reb. cred.*, XII, 1. — Paul, l. 126, § 2, *De verb. oblig.*, XLV, 1.

(71) *Inst.*, III, 21.

(72) Modestin, l. 52, pr. et § 3, *De oblig. et act.*, XLIV, 7.

cette hypothèse, faut-il décider que le créancier n'aura aucune action ? Assurément non ; la numération seule eût suffi, et l'obligation du débiteur ne peut disparaître, parce qu'on a ajouté une stipulation qui se trouve être nulle. La numération régulièrement faite conserve toute sa force alors que la stipulation est nulle, peu importe que cette stipulation engendre ou non une obligation naturelle. Décider autrement, ce serait véritablement frustrer le prêteur ; car il n'a certainement pas voulu se dépouiller gratuitement de son argent, ni même acquérir en échange une simple créance naturelle. Plusieurs textes, en effet, montrent la stipulation intervenant à côté d'une numération, et décident que le créancier peut intenter la *condictio ex mutuo*, quand il y a nullité de la stipulation (73). En supposant la stipulation valable, le créancier pourra également obtenir par l'action du premier contrat ce qu'il ne pourrait demander par l'action *ex stipulatu*. Il résulte même de la loi 71, pr., *Pro socio*, livre XVII, titre 2, qu'il pourrait réclamer par l'action du premier contrat ce qui était déjà assuré par la stipulation. Dans tous les cas, le créancier ne peut obtenir plus que ce qui lui est dû en tout, et quand il a déjà intenté l'une des actions, il ne peut obtenir par l'autre que le surplus de son droit (74).

Nous n'insistons pas davantage sur ce point : ce que nous voulions constater avant tout, c'est que, s'il faut une première obligation pour qu'il y ait novation, il ne suffit pas pour l'opérer qu'une stipulation intervienne à côté d'un contrat déjà obligatoire par lui-même. Il faut deux contrats distincts dont l'un soit éteint et remplacé par un autre.

§ 2. — *Stipulation régulière.*

29. — Considérer la novation comme cause d'obligation nou-

(73) Ulpien, l. 9, §§ 4, 5, 6 et 7, Dig., *De reb. cred.*, XII, 1.

(74) Ulpien, ll. 41 et 42, *Pro socio*, XVII, 2. — Pomponius, l. 3, § 1^{er} ; Julien, l. 28, *De act. empti et vend.*, XIX, 1.

velle, c'est en même temps l'envisager dans sa forme. Il faut une forme pour que la novation puisse avoir lieu, et cette exigence est bien naturelle quand on se rappelle que la novation était avant tout la transformation d'une obligation en une autre.

Nous n'avons pas à rechercher ici quelle était la forme que devait revêtir l'obligation contractée *novandi causâ* ; nous aurons à nous demander plus tard si d'autres contrats, et spécialement le contrat *litteris*, étaient susceptibles d'opérer novation. Pour le moment, nous supposons toujours que cette opération s'est réalisée par une stipulation.

Il faut, pour opérer novation, qu'il intervienne une stipulation valable et régulière. C'est là une condition tout à la fois nécessaire et suffisante, quel que soit d'ailleurs l'intérêt que la stipulation présente pour le créancier.

30.— Nous disons d'abord qu'il faut une stipulation, et nous entendons parler d'une stipulation valable dans le sens juridique de ce mot ; autrement, il n'y aurait qu'une apparence de stipulation sans réalité, peu importe d'ailleurs que la cause de la nullité réside dans le fond ou dans la forme. Il n'y a donc pas de novation, s'il n'y a pas concordance entre la demande et la réponse (*congruens responsio*) (75). Primus a stipulé une chose et Secundus en a promis une autre. De même, si Primus a stipulé un certain objet et que Secundus ait entendu en promettre un autre, les deux volontés ne se sont pas rencontrées ; aucun contrat ne s'est formé (76). Il n'y aurait pas non plus novation si la stipulation se trouvait être sans objet (77), ou si elle se trouvait contraire à certaines lois prohibitives (78).

31.— Il peut se faire que la stipulation, bien que nulle en principe,

(75) Modestin, l. 52, § 2, *De oblig. et act.*, XLIV, 7. — Ulpien, l. 1, §§ 3, 4, 5 et 6, *De verb. oblig.*, XLV, 1. — *Inst.*, III, 19, § 5.

(76) *Inst.*, III, 19, § 23.

(77) Julien, l. 56, § 8, *De verb. oblig.*, XLV, 1.

(78) Ulpien, l. 5, § 3 ; Julien, l. 39, *De donat. inter vir. et uxor.*, XXIV, 1.

ait un certain degré d'efficacité et procure au créancier un avantage considérable. Mais une telle stipulation est encore en droit strict, impuissante à nover l'obligation antérieure, quelle que soit l'utilité qu'elle présente pour le stipulant. Elle est, en effet, défectueuse dans la forme; elle n'a pu être faite, sinon efficacement, du moins valablement en tant que contrat solennel, et cela suffit pour qu'elle ne puisse opérer novation, car c'est par la puissance de sa formule que le contrat verbal doit l'opérer. Voilà bien la règle qui doit nous servir de guide et va nous faire comprendre plusieurs décisions qui pourraient surprendre et paraître contradictoires au premier abord. Gaius (79) nous parle de trois stipulations différentes : d'une stipulation conditionnelle; de la stipulation faite avec un esclave; enfin de celle qui a été faite avec un pérégrin dans la formule : *Spondesne? spondeo*. Occupons-nous d'abord de la deuxième.

32. — La novation ne s'opère pas, nous dit Gaius, si quelqu'un a stipulé d'un esclave ce que Lucius Titius lui devait; et cette solution est également confirmée par Justinien. *Non idem juris est, si a servo stipulatus fuero; nam tunc prior proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuissem* (80). D'un autre côté, Gaius, Ulpien et Justinien sont d'accord pour constater que la promesse émanée d'un pupille non autorisé a par elle-même la puissance d'opérer novation. *Adeò ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur, veluti si quod mihi debes a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuero* (81). Quelle peut être la raison de cette différence? Comment se fait-il que la promesse du pupille ait, en ce qui concerne la novation, plus d'effet que celle de l'esclave? Ce dernier n'a pu sans doute s'obliger civilement; mais enfin sa promesse n'est pas absolument nulle au fond,

(79) C. III, 179.

(80) C. III, 176 et 179. — *Inst.*, III, 29, § 3.

(81) Gaius, III, 176. — Ulpien, l. 1, § 1^{er}, *h. tit.* — *Inst.*, III, 29, § 3.

car il est tenu d'une obligation naturelle (82) ; et grâce aux actions prétorienes il se peut même que le stipulant ait acquis une créance efficace contre le maître. Or, Ulpien ne décide-t-il pas qu'il suffit d'une obligation naturelle pour faire novation ? *Dummodo sequens obligatio, aut civiliter teneat, aut naturaliter* (83). Ne semble-t-il pas également que cette stipulation soit valable en la forme, puisque les paroles qui la constituent ont été prononcées ? Ne doit-elle pas, dès lors, opérer novation, aussi bien que dans le cas où la promesse a été faite par le pupille ?

Gaius (84) nous apprend que telle était la doctrine de Servius Sulpicius ; mais il se hâte d'ajouter que son opinion n'avait pas prévalu. *Sed in utroque casu alio jure utimur*. La naissance d'une obligation naturelle ne suffit pas, en effet, pour qu'il y ait novation, pas plus que la naissance de certaines actions prétorienes (85) ; il faut quelque chose de plus, une condition indispensable, la formule juridique qui fait ici défaut. L'esclave peut sans doute jouer le rôle de stipulant comme représentant de son maître pour lequel il peut acquérir une créance ; mais en tant que promettant il est réduit à sa propre capacité, c'est-à-dire qu'il ne peut valablement prononcer les paroles qui constituent la formule juridique. Lors donc que, dans le but de faire novation, on a stipulé d'un esclave, c'est comme si l'on n'avait stipulé de personne, parce que, suivant l'expression de M. Machelard (86), le créancier qui a reçu la promesse n'a pas rencontré d'interlocuteur. *Tunc prior proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuisset*.

33. — Gaius (87), en parlant de la promesse faite par un

(82) Ulpien, l. 14, *De oblig. et act.*, XLIV, 7.

(83) L. 1, § 1^{er}, *h. tit.*

(84) C. III, 179,

(85) Gaius, l. 30, § 1^{er}, Dig., *De pactis*, II, 14.

(86) *Des obligations naturelles en droit romain*, p. 157.

(87) C. III, 179, *in fine*.

esclave, dit qu'elle n'opère pas plus novation que si je stipulais d'un pérégrin ce que vous me devez, dans la forme : *Spondesne? spondeo*. Cette question avait peut-être donné lieu à la même controverse que la précédente. Quoi qu'il en soit, la même doctrine devait ici triompher. La stipulation est, en effet, imparfaite; la formule juridique fait en réalité défaut; car si le pérégrin peut valablement figurer dans le contrat de stipulation, c'est à la condition que l'interrogation et la réponse ne soient pas conçues dans cette forme romaine par excellence : *Spondesne? spondeo* (88).

34. — Dans le même passage qui nous occupe en ce moment, Gaius nous signale encore un troisième cas où la novation ne pouvait s'opérer, du moins actuellement : nous voulons parler de l'hypothèse où j'ai stipulé de vous sous condition ce que vous me deviez purement et simplement. Ici encore Servius Sulpicius était d'un avis différent et pensait que la stipulation conditionnelle faite dans le but de nover emportait immédiatement novation. Ce jurisconsulte admettait, comme nous l'avons vu, que l'effet extinctif de la stipulation *novandi causâ* était indépendant de la valeur de la stipulation, et il allait si loin dans cette voie que, selon lui, la novation pouvait résulter de la stipulation dans laquelle un esclave avait joué le rôle de promettant. Les deux solutions découlaient l'une et l'autre de la même idée; aussi Gaius semble-t-il établir un lien étroit entre elles, et les présenter comme la conséquence d'un même principe, *qui consequenter et illud respondit*. Il y avait eu stipulation; les paroles solennelles avaient été prononcées; cela suffisait pour opérer une novation immédiate, d'autant plus que cette stipulation n'était point défectueuse, et différait par là des précédentes.

Aussi pourrait-on croire que l'opinion de Servius Sulpicius aurait dû être admise par Gaius lui-même, puisqu'il suffit d'après lui d'une stipulation valable en la forme pour opérer

(88) Gaius, III, 93 et 94.

novation. Mais le raisonnement que faisait sans doute ce jurisconsulte était en harmonie avec son principe général. La stipulation, en effet, est tenue en suspens par l'incertitude de la condition ; elle n'a pas à vrai dire d'existence juridique tant que la condition ne s'est pas accomplie, et, dès lors, il est impossible de prétendre qu'il y ait réellement dès aujourd'hui une formule susceptible d'opérer novation. Si donc, dans ce cas, la novation n'était pas immédiate et indépendante de l'événement ou de la défaillance de la condition, cela ne tenait, comme le dit M. Bufnoir (89) qu'à une pure question de forme, en ce sens que la novation ne peut pas se produire par la seule volonté des parties, et que le contrat *verbis* destiné à l'opérer n'a pas d'existence légale tant que la condition reste en suspens.

Nous nous bornerons pour le moment à cette simple observation ; car nous aurons l'occasion de revenir plus longuement sur les effets de la stipulation conditionnelle faite *novandi causâ*, en parlant de l'élément nouveau que doit renfermer la stipulation (V. *infra* n^{os} 137 et suiv.).

35. — De tout ce qui précède il résulte que la formule est nécessaire pour qu'il y ait novation. A ne regarder que le fond des choses et en se plaçant uniquement au point de vue du droit naturel, la stipulation peut sans doute constituer un contrat valable et donner naissance à une créance ; mais au point de vue du droit strict il ne peut y avoir novation dès que la formule juridique fait défaut, et, par conséquent, l'ancienne dette n'est pas éteinte, quels que soient les avantages que cette stipulation imparfaite procure au créancier.

36. — Le prêteur intervenait toutefois pour faire triompher l'équité sur le droit strict, et la pratique consacrait, dans certains cas, le résultat final auquel conduisait la théorie de Servius Sulpicius. Si je stipule d'un esclave ce que me doit Titius, le droit naturel, nous l'avons dit, voit dans la stipulation une con-

(89) *Théorie de la condition*, p. 261, et note 1.

vention qui produit une obligation. Mais ce n'est pas tout : le droit prétorien a créé différentes actions au moyen desquelles celui qui a traité avec un esclave peut, dans certains cas, attaquer le chef de famille en vue de l'exécution des obligations qui ne sont pas reconnues par le droit civil. Il y aurait alors injustice à permettre au créancier d'exercer un droit dont il a reçu l'équivalent.

Aussi trouvons-nous dans un texte de Gaius la décision suivante (90) : Lorsque quelqu'un a stipulé d'un esclave ce que Titius lui devait, si la promesse de l'esclave intéresse le pécule, si, par conséquent, elle ne contient pas une véritable *intercessio* et engendre contre le maître l'action *de peculio*, le débiteur primitif aura une exception qui lui permettra de paralyser la créance injustement conservée, et d'arriver au même résultat que si la novation avait eu lieu. Au contraire, rien ne serait changé à la situation antérieure, si la stipulation devait être considérée comme absolument inutile, même au point de vue du droit prétorien. Toutefois, cette distinction suppose que le créancier a connu la condition de l'esclave ; mais s'il l'a ignorée, s'il a stipulé de lui par erreur le prenant pour un homme libre, son ancienne action conservera toujours son efficacité ; car on doit supposer qu'il n'a entendu abandonner son droit primitif qu'en échange d'une créance de nature à lui conférer un droit semblable au premier.

De même encore, si j'ai stipulé de Titius sous condition ce qu'il me devait purement et simplement, n'est-il pas raisonnable de supposer que nous avons entendu substituer dès à présent à l'obligation pure et simple l'obligation conditionnelle avec le caractère éventuel qui lui est propre ? Ne dois-je pas être considéré comme ayant fait remise de la dette à Titius pour le cas où la condition n'arriverait pas ? Assurément cette interprétation était plus conforme à l'intention des contractants ; aussi Gaius (91)

(90) L. 30, § 1^{er}, Dig., *De pactis*, II, 14.

(91) C. III, 179.

pensait-il qu'il y avait lieu d'accorder une exception au débiteur dans le cas où la condition ayant fait défaut, le créancier viendrait poursuivre contre lui l'exécution de l'obligation primitive. Il en serait autrement, si j'avais stipulé de Titius sous condition ce qu'un autre me devait déjà purement et simplement. Dans cette hypothèse, si la condition ne se réalise pas, je conserverai mon action contre l'ancien débiteur sans qu'elle puisse être paralysée par une exception ; car on ne doit pas supposer que j'ai entendu abandonner ma première créance d'une manière définitive, mais seulement pour le cas où la condition venant à se réaliser, j'aurai acquis un nouveau droit contre Titius (92). Nous reviendrons d'ailleurs sur cette distinction, en parlant spécialement des effets de la stipulation conditionnelle faite *novandi causâ*. (V. *infra*, n^{os} 161, 162.)

C'est ainsi que le droit prétorien fonctionnait à côté du droit strict, et venait donner à l'équité la satisfaction qu'une rigoureuse logique aurait dû lui faire refuser. Mais, remarquons-le bien, ces deux droits se combinaient et se complétaient sans s'anéantir, et si le secours du prêteur venait réparer ce que l'application du droit strict aurait eu de contraire à l'équité et à la volonté des parties, il restait toujours vrai de poser en principe que la formule juridique était nécessaire pour opérer novation, et qu'à défaut de cette condition la première dette n'aurait pas été éteinte.

37. — Nous avons terminé ce que nous nous proposons de dire sur notre première règle, à savoir que la forme est nécessaire pour opérer novation, et qu'une stipulation irrégulière en la forme ne saurait la produire, quels que soient les avantages qu'elle procure au créancier. Nous arrivons maintenant à l'examen de notre seconde règle que nous formulons ainsi : Pour que la novation s'opère, il suffit qu'il soit fait une stipulation régulière en la forme, sans qu'il y ait à examiner quelle utilité le créan-

(92) Gaius, l. 30, § 2, Dig., *De pãctis*, II, 14.

cier pourra en retirer. Si, en effet, la novation est la transformation d'une première obligation, on comprend qu'elle puise toute son efficacité dans la puissance de sa formule, et que la validité de la forme juridique soit suffisante pour l'opérer, de même qu'elle est absolument nécessaire.

38.— Servius Sulpicius allait si loin dans cette voie que, non-seulement il considérait l'effet extinctif de la stipulation *novandi causâ* comme indépendant de sa valeur au point de vue de son résultat positif, mais qu'il attribuait encore la puissance d'opérer novation à des stipulations qui, en réalité, auraient dû être considérées comme dépourvues d'une forme juridique valable. C'est ainsi, nous l'avons vu, qu'il faisait résulter la novation de la promesse faite par un esclave, et peut-être par un pérégrin dans la forme: *Spondesne? Spondeo*. C'est ainsi encore qu'il attribuait un effet immédiat à la stipulation conditionnelle *novandi causâ*.

39.— Sans doute, Gaius n'admet pas la théorie de Servius Sulpicius: pour lui, la promesse de l'esclave ou la *sponsio* du pérégrin ne peut opérer novation, et la stipulation conditionnelle ne produit cet effet qu'autant que la condition vient à se réaliser. Mais, à un autre point de vue, il admet, comme ce jurisconsulte, que l'effet extinctif de la stipulation est indépendant de sa valeur. Il veut qu'il y ait actuellement une formule juridique valable; mais cela suffit, quelle que soit la valeur de cette stipulation au point de vue de ses résultats et des avantages qu'elle peut procurer au créancier. Il y a novation, dit-il, si, par exemple, je stipule de Titius qu'il me donnera ce que vous me devez (93). Voilà donc la condition indispensable: il faut une stipulation, il faut une formule juridique; mais il n'y en a pas d'autre; elle est à la fois nécessaire et suffisante, et la première obligation est éteinte alors même que l'obligation nouvelle serait au fond vicieuse et inutile. *Adeô ut interdum, licet pos-*

(93) *Eod.*, III, 176.

terior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur (94).

40. — Gaius nous présente, dans trois cas particuliers, l'application de ce principe. *Veluti si quod mihi debes, a Titio post mortem ejus stipulatus fuero*. Ce que vous me devez, je le stipule de Titius qui a promis *post mortem suam*. Une telle stipulation est inutile : je ne pourrai poursuivre l'exécution de la promesse contre Titius, et ses héritiers eux-mêmes seront à l'abri de toute action, par cette raison que nous en donne le même jurisconsulte : *nam inelegans esse visum est ex heredis personâ incipere obligationem* (95). Il se peut encore que Titius soit un pupille et que son tuteur ne l'ait pas autorisé ; ou que ce soit une femme qui promette également sans autorisation du tuteur, à une époque où les Romains soumettaient les femmes à une tutelle perpétuelle. *Veluti si quod mihi debes, a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero*. Dans ces trois hypothèses nous nous trouvons en présence d'une stipulation qui, sans être absolument nulle au fond, est régulière dans la forme, et cela suffit pour que la novation doive s'accomplir.

Si nous comparons le § 176 du troisième commentaire de Gaius avec le passage correspondant des Institutes (livre III, titre 29, § 3), nous voyons que de ces trois hypothèses une seule est reproduite par Justinien, celle où j'ai stipulé *novandi causâ* d'un pupille *sine tutoris auctoritate*. Ce silence des Institutes sur les deux autres cas dont nous avons parlé, s'explique par cette considération que la tutelle des femmes avait fini par tomber peu à peu en désuétude, et que Justinien admit la validité de la stipulation *post mortem* (96).

(94) *Eod.*, *loc. cit.*

(95) *Eod.*, III, 100.

(96) *Inst.*, III, 19, § 13. — L. un. C., *Ut. act. et ab hered.*, IV, 11. — J. 11. C., *De contrah. et commit. stip.*, VIII, 38.

41.— Revenons au texte de Gaius. Il résulte des exemples donnés par ce jurisconsulte, que la novation produit ses effets, bien que le stipulant n'ait acquis qu'une créance inutile, soit parce que les paroles ont été prononcées par des personnes incapables de s'obliger, soit parce que la stipulation a été faite de façon que le promettant ne puisse être obligé dans l'espèce. Ces différentes stipulations ont cela de commun qu'elles sont imparfaites au fond et ne sont parfaites que dans la forme. La première obligation est éteinte dès que cet effet a pu se produire, c'est-à-dire dès qu'il y a eu stipulation régulière en la forme, émanée de personnes capables d'en prononcer la formule, quelle que soit l'utilité que le créancier doive en retirer.

42. — Mais on pourrait ici nous opposer une objection et faire le raisonnement suivant : Sans doute, le pupille et la femme en tutelle ne peuvent s'obliger sans l'autorisation du tuteur, et au temps de Gaius on ne reconnaissait pas la validité de la stipulation *post mortem* ; mais, si ces stipulations ne sont pas parfaites au fond, elles ne sont pas non plus dépourvues de toute efficacité juridique, car elles donnent naissance à une obligation valable en droit naturel. A côté de l'effet extinctif, il y a donc création d'une obligation naturelle qui suffit pour justifier l'existence de la novation. Mais si elle est suffisante, elle est aussi nécessaire, et si Gaius admet la novation dans les hypothèses précédemment citées, c'est qu'à la condition d'une stipulation, valable en la forme, venait se joindre une autre condition non moins essentielle, la création d'une obligation au moins naturelle. Le texte de Gaius ne prouve donc pas le principe avancé, à savoir que la forme de la stipulation est suffisante pour opérer novation.

Cette conclusion serait vraie sans doute, s'il était démontré : 1° que Gaius admettait la création d'une obligation naturelle dans les trois cas dont il s'agit, 2° qu'il faisait de l'existence de cette obligation la condition indispensable de la novation elle-

même. M. Machelard (97) se fonde sur ce texte de Gaius pour en tirer la conséquence que la promesse *post mortem* engendre une obligation naturelle. « S'il y avait eu, dit-il, absence même d'obligation naturelle, le second élément indispensable pour toute novation, la dette qui doit se substituer à l'ancienne, aurait fait complètement défaut et, par suite, l'idée d'une novation aurait été inacceptable. » Ce raisonnement serait péremptoire, s'il était démontré qu'il y a là, en effet, un second élément indispensable pour toute novation ; mais il nous semble qu'au point de vue particulier où nous nous plaçons, c'est là une véritable pétition de principe, car nous prétendons que Gaius n'exigeait pas que la stipulation *novandi causâ* produisît au moins une obligation naturelle.

Du reste, fût-il démontré d'une manière certaine que Gaius admettait l'existence d'une obligation naturelle (98) dans les différents cas précédemment indiqués, nous croirions devoir encore maintenir notre manière de voir sur le texte de ce jurisconsulte. Ce qu'il exige avant tout, c'est qu'il y ait stipulation, et bien loin de nous présenter la naissance d'une obligation au moins naturelle comme une condition essentielle et distincte de la première, il se hâte d'ajouter que cette stipulation produit son effet, bien qu'elle ne procure au stipulant qu'une créance inutile. En supposant même qu'il ait reconnu à la charge du promettant l'existence d'une obligation naturelle, tout en qualifiant cette obligation de *nulla*, et en disant du créancier : *quo casu rem amittit*, cependant il ne faudrait pas croire qu'il ait vu dans ce lien naturel un élément de la nova-

(97) *Des obligations naturelles en droit romain*, p. 86.

(98) Nous croyons, en effet, que les différentes stipulations dont nous avons parlé, engendraient une obligation naturelle. V. sur ce point, Accarias, *op. cit.*, t. II, p.p. 774, 776 et 778. — Machelard, *op. cit.*, p. 86, p. 206 et suiv. — Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, 2^e éd., t. II, p.p. 458 et 459. — Ortolan, *Explication historique des Institutes*, 7^e édit., t. III, p. 458. — Massol, *De l'obligation naturelle*, p.p. 122 et suiv.

tion aussi nécessaire que la stipulation elle-même. Pour lui, la raison de décider ne vient pas de ce que par cet engagement le promettant a contracté une obligation naturelle, mais uniquement de ce que la stipulation émane de personnes capables d'en prononcer la formule. C'est sur ce point que se porte toute l'attention du jurisconsulte. Dans les exemples qu'il nous donne de cas où la novation s'est opérée, nous trouvons une stipulation valable en la forme, et, réciproquement, les stipulations qu'il nous présente comme ne produisant pas cet effet, ont cela de commun qu'elles ne sauraient valoir comme formule juridique.

43. — D'autres textes viennent d'ailleurs à l'appui de notre doctrine, à savoir que la stipulation valable en la forme est suffisante pour opérer novation.

Si debitor tuus non vult a te liberari, et præsens est, non potest invitus a te solvi. Paulus: Imo debitorem tuum etiam præsentem, etiam invitum liberare ita poteris, supponendo a quo debitum novandi causâ stipuleris; quod etiam si acceptum non feceris, tamen statim, quod ad te attinet, res peribit: nam et petentem te dolimali præscriptio excludet (99).

Je voudrais libérer mon débiteur; mais il est absent ou bien encore il refuse de recevoir sa libération. Labéon, supposant l'hypothèse où le débiteur est présent et s'obstine à ne pas vouloir être libéré, décide qu'il ne pourra être libéré malgré lui. Paul pensait, au contraire, qu'il pouvait l'être, et que pour cela il suffisait de stipuler de Secundus ce qui était dû par le débiteur, Primus. Ce dernier sera libéré; mais, d'un autre côté, Secundus ne sera pas efficacement obligé envers moi. Je n'ai acquis contre lui qu'une créance purement nominale, et si, avant d'avoir fait acceptilation au nouveau débiteur, je voulais me prévaloir de la stipulation pour agir contre lui, ma demande serait repoussée,

(99) L. 91, *De solut.*, XLVI, 3. — V. aussi, Ulpien, l. 13, § 10, *De acceptil.*, XLVI, 4.

et petentem doli mali præscriptio excludet. Voilà donc une stipulation régulière en la forme, mais dépourvue de toute utilité pour le créancier, et cependant elle suffit pour opérer novation et pour libérer le débiteur primitif. J'ai voulu, non pas acquérir une créance contre la personne qui s'est prêtée à cette opération, mais uniquement libérer le débiteur. Il n'y a donc là qu'une pure formalité ; mais les parties ont pu néanmoins atteindre par la novation le but qu'elles s'étaient proposé, car pour la novation il suffit d'une forme valable.

De même encore, si c'est une femme qui promet ce qui m'est dû par un autre, et fait un acte constitutif *d'intercessio*, réprouvé par le Sénatus-consulte Velléen, je n'acquies contre elle qu'un droit inefficace, car elle aura une exception pour repousser l'action que je voudrais intenter. Le Sénatus-consulte Velléen ne laisse pas même subsister une obligation naturelle ; *totam obligationem Senatus improbat* (100) ; et la femme peut répéter ce qu'elle a payé par erreur, dans l'ignorance de l'exception que lui donnait le Sénatus-consulte (101). Au fond cette stipulation est donc imparfaite ; elle ne me procure aucune créance utile contre la femme ; mais elle est cependant suffisante pour opérer novation, car elle est régulière en la forme et les paroles ont été prononcées par une personne capable de les prononcer (102).

44. — La formule régulière suffit donc pour nover, et le créancier qui l'a imprudemment prononcée perd son ancienne créance, quelque inutile que soit pour lui la stipulation faite *novandi causâ*. Ce résultat peut sans doute blesser l'équité ; mais ce n'est pas l'équité, c'est le droit strict qu'il faut consulter. On voit par là que, s'il y a de l'analogie entre la novation et le paiement, il

(100) Julien, l. 16, § 1^{er}, *Ad. Snt. Vel.*, XVI, 1.

(101) Marcien, l. 40, Dig., *De condict. indeb.*, XII, 6. — Ulpien, l. 8, § 3, *Ad. Snt. Vel.*, XVI, 1.

(102) Ulpien, l. 8, § 11 ; Julien, l. l. 14, 16, § 1^{er} ; Africain, l. 20, *Ad. Snt. Vel.*, XVI, 1.

y a aussi entre ces deux modes d'extinction des différences que l'on ne saurait méconnaître. Envisagée dans son effet extinctif, la novation, comme le paiement, s'applique à toute obligation. Nous savons également que la novation, comme le paiement, emporte extinction *ipso jure* de la première obligation. Nous verrons aussi que la capacité de recevoir un paiement entraîne, en principe, la capacité de stipuler *novandi causâ*. Mais une différence importante est à signaler entre ces deux modes d'extinction des obligations, au point de vue de la satisfaction qu'ils peuvent procurer au créancier. En ce qui concerne le paiement, ce n'est pas à la forme, à de simples apparences qu'il faut s'arrêter, c'est à la réalité. Il faut une prestation fournie au créancier, car c'est là ce qui constitue le paiement lui-même. Au contraire, si les parties ont voulu éteindre une obligation par la novation, c'est avant tout la forme qu'il faut envisager. Le créancier est, pour ainsi dire, payé en paroles, et alors même qu'il ne trouverait pas en réalité la satisfaction qu'il pouvait attendre, il resterait toujours ce qui est nécessaire pour constituer la novation, une formule juridique régulièrement prononcée. En droit strict il y a eu satisfaction donnée au créancier et extinction de la première obligation. *Et generaliter dicendum erit..... videri ei satisfactum, si, ut ipse voluit, sibi cavit, licet in hoc deceptus sit* (103).

45.— Nous avons déjà vu que le prêteur vient au secours du débiteur pour paralyser une créance injustement conservée, en lui donnant une exception qui lui permet de repousser l'action du créancier. Ici encore, le prêteur faisait prévaloir l'équité sur le droit strict, et venait au secours du créancier qui avait perdu son droit primitif sans acquérir aucune créance efficace contre le promettant. Il y a là un résultat inique auquel il porte remède, en restituant au créancier son ancienne action.

Si muliere contra Senatus-consultum intercesserit, æquum

(103) Ulpien, l. 9, § 3, *De pignerat. act.*, XIII, 7.

est, non solum in veterem debitorem, sed et in fidejussores ejus actionem restitui : nam, cum mulieris persona subtrahatur creditori propter Senatus-consultum, integra causa pristina restituenda est (104).

Le débiteur a sans doute été libéré d'après les principes du droit civil sur l'extinction des obligations par la novation ; mais le préteur considère cette extinction comme n'ayant jamais eu lieu, et donne au créancier son action primitive qu'il recouvre ainsi après l'avoir perdue *jure civili*. En un mot, le préteur considère l'intercession comme n'ayant jamais été faite, et la première obligation comme n'ayant jamais cessé de produire ses effets. De là différents noms donnés à l'action ainsi restituée. On l'appelle : *pristina actio* (105), *actio utilis* (106), *restitutoria actio* (107), *rescissoria actio* (108).

Du motif même sur lequel est fondée cette restitution, il résulte qu'il n'y a pas lieu de l'accorder au créancier, lorsque la femme qui a intercedé contrairement au Sénatus-consulte, a connu le privilège qui lui appartient, et a néanmoins fait un paiement qu'elle ne peut plus répéter ; ou lorsque le créancier peut, indépendamment de cette action, exercer des poursuites contre le premier débiteur : ou bien encore, lorsque le Sénatus-consulte ne saurait lui être opposé ; car la femme est alors efficacement obligée, et la libération du débiteur primitif est définitive (109).

(104) Julien, l. 14, *Ad. Snt. Vel.*, XVI, 1. — V. aussi, Ulpien, l. 8, §§ 7 et suiv., *loc. cit.* — Pomponius, l. 50, Dig., *De minor. vigenti. an.*, IV, 4.

(105) Ulpien, l. 8, § 7, *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1.

(106) *Eod.*, l. 8, § 8, *eod. tit.*

(107) *Eod.*, l. 8, §§ 9, 12 et 13. — Gaius, l. 113, § 2, *eod. tit.* — L. 8, C., *Ad Snt. Vel.*, IV, 29.

(108) L. 16. C., *eod. tit.*

(109) Ulpien, l. 8, §§ 8 et 10 ; Gaius, l. 13, § 1^{er}, *Ad. Snt. Vel.*, XVI, 1. V. sur ces différents points, M. Dubois, *De la condition légale des femmes sous le rapport du Snt. Vellien*, Thèse pour le doctorat, § 18 et § 27, pp. 62 et suiv. ; pp. 104 et suiv.

46. — C'est ainsi que le droit prétorien se combine avec le droit strict qu'il complète afin de donner satisfaction à l'équité. Mais le prêteur n'abolit pas et ne pouvait pas abolir la loi civile, de sorte qu'il reste toujours vrai de poser en principe que la novation s'opère dès qu'il y a eu stipulation valable en la forme.

Cette règle subsiste et continue même de produire ses effets ; toutefois le prêteur vient au secours du créancier et tempère par un artifice de sa jurisprudence ce que cette règle pourrait avoir de contraire à l'équité et à l'intention des parties. Il ne faut donc pas croire que, dans tous les cas où la stipulation ne procure au créancier qu'un droit inefficace, le prêteur le rétablira dans la même situation que si la novation n'avait pas eu lieu.

C'est ainsi que la restitution ne sera pas accordée au créancier, lorsque l'application rigoureuse du droit civil sera conforme à l'intention des parties. Il se peut que le créancier ait voulu seulement faire une remise de dette, et que, dans ce but, il ait fait sciemment une stipulation inutile, ou n'ait entendu faire produire aucun effet à une stipulation qui réunissait d'ailleurs toutes les conditions pour être efficace. Par ce procédé, nous l'avons vu, le créancier pouvait accorder sa libération à un débiteur qui était absent ou qui refusait de la recevoir. Le prêteur examinera aussi si le créancier n'a pas agi témérairement, et s'il n'a pas commis quelque imprudence dont il est juste qu'il supporte les conséquences. Si, par exemple, il a de bonne foi stipulé d'un pupille autorisé par un faux tuteur, la restitution lui sera accordée ; mais le prêteur lui refusera, au contraire, sa protection, s'il a connu cette circonstance, ou si le pupille n'était pas autorisé du tout, car, s'il n'a acquis qu'une créance inutile, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même (110).

Résumant en quelques mots tout ce qui précède, nous dirons : La novation s'opère par la seule puissance de sa formule ; la première obligation est éteinte, quand même la stipulation ne

(110) Ulpian, l. 1, § 6, *Quod falso tutorē*, XXVII, 6.

donnerait au créancier qu'un droit inefficace ; mais le prêteur vient réparer les injustices de la loi civile et, lorsque l'équité le demande, restituer au stipulant la créance que la novation lui avait fait perdre.

47. — Il nous reste encore à nous demander si Ulpien n'a pas entendu consacrer une théorie différente dans la loi 1^{re} § 1^{er}, à notre titre, quand il dit : *Qualiscumque igitur obligatio sit quæ præcessit, novari verbis potest: dummodo sequens obligatio, aut civiliter teneat, aut naturaliter, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit*. Ne semble-t-il pas résulter de ce texte que c'est aux effets de la stipulation qu'il faut s'attacher pour voir s'il y a novation, et que la première obligation ne peut être éteinte qu'autant qu'elle se trouve remplacée par une autre obligation, valable au moins en droit naturel ?

En supposant que tel soit le sens véritable de cette loi, encore pourrait-on se demander si cette opinion avait prévalu. Mais il nous semble que ce texte est susceptible de recevoir une autre interprétation qui le laisse en parfaite harmonie avec d'autres textes appartenant au même jurisconsulte. Il nous paraît tout d'abord impossible de prétendre que, dans cette loi, Ulpien faisant abstraction de la forme ne s'attacherait plus qu'aux effets produits par la *stipulatio debiti*, et exigerait seulement que cette stipulation soit efficace au point de vue du droit naturel. Nous avons vu, en effet, que la stipulation pouvait engendrer une obligation naturelle sans avoir cependant la puissance d'opérer novation (V. *suprà*, n° 32) (111), et le texte dont il est question semble bien lui-même s'opposer à une telle interprétation, car ce qu'il exige avant tout c'est une forme de stipulation régulière : *novari verbis potest*.

Mais faut-il admettre qu'à côté de la forme Ulpien exige de plus qu'il y ait au moins une obligation naturelle substituée à l'obligation primitive qui se trouve éteinte ? Sur ce point encore

(111) Gaius, III, 176 et 179. — *Inst.*, III, 29, § 3.

le texte doit, à notre avis, recevoir une autre interprétation. Nous avons vu, en effet, que la stipulation régulière en la forme est parfois susceptible d'opérer novation, bien qu'elle ne produise aucune obligation naturelle au profit du créancier. Nous croyons donc qu'il est permis de voir dans la loi 1^{re}, § 1^{er}, une opposition établie entre l'obligation purement civile et l'obligation purement naturelle. Ulpien exprime cette idée qu'une obligation naturelle peut remplacer une précédente obligation, c'est-à-dire que sa pensée se porte sur l'obligation qui n'est pas sanctionnée par une action. A cette classe d'obligations il faut opposer celles qui sont sanctionnées par une action. Mais ces dernières, valables aux yeux de la loi civile, peuvent être nulles aux yeux de la loi naturelle, comme dans l'hypothèse où le créancier a stipulé dans le but de libérer un débiteur absent ou qui se refusait à recevoir sa libération. Dans tous les cas, la stipulation, bien qu'imparfaite, suffit toujours pour opérer novation. Ainsi donc la novation peut avoir lieu incontestablement toutes les fois que le droit civil et le droit naturel viennent se corroborer, et que la créance est à la fois civile et naturelle. Mais, d'une part, elle peut avoir lieu également lorsque l'obligation, valable en droit naturel, n'est point sanctionnée par une action ; et, d'autre part, lorsqu'elle est valable aux yeux du droit civil, il n'est pas nécessaire qu'elle donne naissance à un engagement efficace en droit naturel.

Tel est le sens que nous paraît avoir la loi 1^{re} à notre titre, et ainsi interprétée elle ne vient pas détruire le principe que nous avons posé, à savoir que c'est avant tout à la forme qu'il faut s'attacher, et qu'une stipulation régulière opère novation sans qu'il y ait à s'occuper des avantages plus ou moins considérables que le créancier peut en retirer (112).

48. — Nous venons de voir qu'une stipulation valable et régulière en la forme est tout à la fois nécessaire et suffisante

(112) V. en ce sens, Gide, *op. cit.*, pp. 67 et 68.

pour opérer novation. La novation, avons-nous dit, est la transformation d'une obligation ; c'est la translation, la transfusion, si l'on peut parler ainsi, de la matière d'une obligation dans une autre obligation ; *transfusio atque translatio prioris debiti in aliam obligationem*. Pour que la stipulation opère cette transformation, il faut donc qu'elle rappelle l'ancienne obligation ; il faut qu'elle la désigne et la frappe. On peut atteindre ce but de deux manières différentes. On peut prendre des termes généraux pour rappeler la première obligation ; on peut aussi le faire en termes spéciaux, en désignant d'une manière plus précise l'objet de la première obligation.

Nous trouvons au Digeste de nombreux exemples de ces deux formes et surtout de la première. *Quod te mihi dare oportet, id dare spondes* (113) ? *Quidquid te dare facere oportet, id dare spondes* (114) ? Voilà des formes générales qui, sans déterminer l'objet de la première obligation, comprennent tout ce qui est dû actuellement. Si l'on veut déduire également dans la stipulation ce qui pourra être dû dans l'avenir, il faudra ajouter : *vel oportebit, præsens in diemve* (115). La formule peut indiquer la date de l'obligation : *Quod te mihi illis kalendis dare oportet* (116). Elle peut indiquer la cause de l'obligation : *Quidquid ex vendito dare facere oportet* (117). *Quod ex testamento mihi debes* (118) ; *quod ex causâ condictionis dare facere oportet* (119). Dans tous les cas, la stipulation est toujours conçue dans une forme générale. Il peut aussi y avoir novation par changement de personnes. On peut, par exemple,

(113) Ulpien, l. 47, *De verb. oblig.*, XLV, 1.

(114) Paul, ll. 76, § 1^{er}, 89, 125, *eod. tit.*

(115) Paul, l. 76, § 1^{er}, *eod. tit.* — Africain, l. 18, *De acceptil.*, XLVI, 4.
— *Inst.*, III, 29, § 2.

(116) Ulpien, l. 47, *De verb. oblig.*, XLV, 1.

(117) Papinien, l. 27, *h. tit.*

(118) Ulpien, l. 75, § 6, *De verb. oblig.*, XLV, 1.

(119) Ulpien, l. 29, § 1^{er}, *eod. tit.*

stipuler en termes généraux d'un nouveau débiteur : *Quod mihi Seius debet, dare spondes* (120)?

On peut aussi stipuler en termes spéciaux, et déterminer d'une manière précise l'objet de la première obligation. Nous trouvons encore au Digeste des exemples de cette seconde formule, bien qu'elle apparaisse moins fréquemment que la première. Je peux, par exemple, stipuler purement et simplement un esclave et le stipuler ensuite sous condition de la même personne ou d'un nouveau débiteur (121). Je peux stipuler de Tertius les 10 que me doit Titius, ou les 10 que me doit Séius (122).

Peu importe d'ailleurs que l'on ait employé une formule générale, ou que l'on ait rappelé en termes spéciaux l'objet de la première obligation : dans tous les cas cette obligation se trouve éteinte et transformée en une obligation nouvelle. En entrant dans le moule de la stipulation elle a perdu sa forme primitive, et en est sortie avec une forme nouvelle. Est-ce-à-dire que la stipulation *novandi causâ* produira des effets aussi énergiques dans l'un et l'autre cas? Assurément non; il y a, au contraire, un intérêt considérable à distinguer selon que les parties ont employé une formule générale ou ont stipulé en termes spéciaux. Nous reviendrons sur ce point quand nous nous occuperons des effets de la novation, et quand nous parlerons spécialement de la délégation. (V. *infra*, n^{os} 100, 214, 215, 220).

49. — Après avoir montré que la stipulation est une condition nécessaire et suffisante pour opérer novation, il conviendrait peut-être de montrer que cette stipulation, pour être efficace, doit renfermer quelque chose de nouveau, et de rechercher en quoi peut consister cet élément nouveau. Nous avons, en effet, défini la novation : *Stipulatio nova prioris debiti*. Il ne suffit donc

(120) *Eod.*, l. 75, § 6, *eod. tit.*

(121) Julien, l. 56, § 8, *De verb. oblig.*, XLV, 1. — Vénuléius, l. 31, pr., *h. tit.*

(122) Ulpien, l. 8, § 4, *h. tit.*

pas qu'il y ait une première dette qui fasse l'objet d'une stipulation ; il faut encore qu'il y ait quelque changement dans la seconde obligation, *aliquid novi* (123). Ce n'est pas là, à proprement parler, une condition distincte de la précédente ; car une stipulation qui ne contiendrait rien de nouveau ne serait pas une stipulation valable. Nous laissons cette question de côté pour le moment ; nous en ferons l'objet d'un chapitre spécial à cause de son importance et des développements qu'elle exige (V. *infra*, chap. II, n^{os} 125 et suiv.). Nous devons toutefois, dès maintenant, aborder une difficulté qui se rattache à cette question générale. L'identité d'objet ne constitue-t-elle pas un élément essentiel de la novation.

§ 3. — *Identité d'objet.*

50. — Lorsque la novation intervient entre les mêmes parties, la stipulation peut-elle avoir un objet distinct de celui de la première obligation ; en d'autres termes, la novation peut-elle se faire par changement d'objet ?

Il y a novation, nous dit Gaius, quand je stipule de Titius ce que vous me devez (124). J'ai stipulé : il faut donc avant tout une stipulation. J'ai stipulé de Titius : il faut donc l'intervention d'un nouveau débiteur, ou, d'une manière plus générale, il faut que la stipulation contienne quelque chose de nouveau. A ces deux conditions, Gaius semble en ajouter une troisième. J'ai stipulé de Titius ce que vous me deviez : il faut donc que cette stipulation ait pour objet ce qui était déjà dû.

Cette troisième condition est en effet, à notre avis, tout aussi nécessaire que les deux autres à l'existence de la novation. Dans ce passage, Gaius ne fait sans doute que citer un exemple, et

(123) Gaius, III, 177.

(124) *Eod.*, III, 176.

nous reconnaissons qu'il serait quelque peu téméraire de vouloir fonder un principe quelconque sur un exemple donné par un jurisconsulte. Aussi, allons-nous chercher à résoudre cette délicate question, et à justifier la solution que nous avons adoptée, soit en examinant le caractère de la novation romaine, soit en nous appuyant sur des textes relatifs à cette matière.

51. — Examinons d'abord la définition d'Ulpien que les rédacteurs du Digeste ont placée en tête de notre titre.

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem, transfusio atque translatio (125).....

La novation est la translation et la transfusion d'une première dette dans une obligation nouvelle. La novation suppose donc qu'il y a quelque chose de transporté de l'ancienne obligation dans la nouvelle ; ce quelque chose, c'est le *prius debitum*, c'est ce qui était dû antérieurement. L'objet n'est pas modifié par la novation, pas plus que la nature d'un liquide n'est changée parce qu'il a été versé d'un vase dans un autre. Ce qui est changé, c'est le contenant, la forme : un nouveau lien de droit a été substitué à l'ancien ; le fait générateur de l'obligation n'est plus le même. *Cum ex præcedenti causâ ita nova constituitur ut prior perimatur*. Il y a dans ce texte deux idées contraires qui doivent être limitées l'une par l'autre : l'extinction d'une dette et sa continuation dans celle qui lui succède. Lorsque vous me promettez *novandi causâ* ce que vous me devez en vertu d'une vente, le contenu de votre obligation reste le même ; le *debitum* n'est pas changé ; il a seulement revêtu la forme de l'obligation nouvelle. Le premier lien de droit est, au contraire, rompu ; l'ancienne cause d'obligation a fait place à la stipulation ; le contenu a été transporté dans une nouvelle forme. Il ne suffit donc pas de la juxtaposition de deux obligations pour qu'il y ait novation ; il faut encore qu'entre l'obligation qui s'éteint et

(125) Ulpien, l. 1, pr., *h. tit.*

celle qui naît il y ait quelque chose de commun, et ce trait commun consiste dans l'identité d'objet.

Telle est la solution qui paraît résulter du texte que nous venons d'analyser, et ce texte est d'autant plus important qu'il contient la définition même de la novation et se trouve inscrit en tête de notre titre comme un principe fondamental.

52. — Plusieurs autres lois qui font partie du même titre, viennent encore confirmer cette interprétation sous des formes plus ou moins variées. *Omnes res transire in novationem possunt* (126). — *Legata vel fideicommissa si in stipulationem fuerint deducta* (127). — *Stichus in conditionalem obligationem deductus. In secundam transfert* (128). — *Utriusque obligatio in unius personam a quo nunc stipulemur confluat* (128 bis). — J'ai deux créances, l'une contre Primus, l'autre contre Secundus. Je stipule de Tertius ce que me doit Primus ou ce que me doit Secundus; quel sera l'effet d'une telle stipulation? Les deux dettes seront-elles novées l'une et l'autre? Ne seront-elles novées ni l'une ni l'autre? Ou bien enfin n'y en a-t-il qu'une de novée et laquelle? Il n'y a pas novation, disaient Celsus et Marcellus dont l'opinion est rapportée par Ulpien (129). Le créancier ne veut pas, en effet, libérer les deux débiteurs, ni l'un plutôt que l'autre. Il ne peut y avoir libération que quand le promettant aura déterminé celle des deux dettes qu'il entend acquitter et que l'on connaîtra l'objet qui a été déduit dans la stipulation. Il y a novation, disait Paul, *quia utrumque in posteriorem deducitur stipulationem* (129 bis). Nous ne voulons retenir de ces différents textes que cette idée : c'est que la novation ne porte que sur ce qui a été déduit

(126) *Eod.*, l. 2, *eod.*, *tit.*

(127) *Eod.*, l. 8, § 1^{er}, *eod.*, *tit.*

(128) *Eod.*, l. 14, pr. et § 1^{er}, *eod.*, *tit.*

(128 bis) Gaius, l. 34, § 2, *eod.*, *tit.*

(129) L. 26 ; l. 8, § 4, *eod.*, *tit.*

(129 bis) L. 32, *eod.*, *tit.*

dans la stipulation et sur tout ce qui a été déduit dans la formule.

Nous rencontrons également des expressions analogues dans d'autres textes étrangers au titre de la novation. *Tota res in stipulationem translata videretur* (130). — *Quod non transfertur in causam novationis* (130 bis) — *In aliud nomen aliumque statum obligationis transfertur* (131). — *Alienam obligationem suscipiunt vel in se transferunt* (132). — *Debitum in alium translatum* (133). — *Quod ex aliâ causâ debeatur, potest in stipulationem deduci* (134). — *Si intercessisset stipulatio, successisse* (135).

Nous retrouvons donc dans ces différents textes l'idée contenue dans la définition d'Ulpien. Ce qui était dû est transféré dans la nouvelle obligation. La novation a pour but de déduire dans une stipulation l'objet d'une première dette. La novation par changement de personnes constitue une espèce de succession. Enfin Gaius rapproche la novation comme moyen de transporter les créances, des différents modes employés pour transporter les choses corporelles (136).

53. — On peut se demander si les différents textes que nous venons de citer, ne suffisent pas pour justifier la solution que nous avons adoptée. Mais il en est d'autres qui sont plus formels encore, et qu'il paraît assez difficile d'expliquer, si l'on admet que la novation pouvait s'opérer par changement d'objet.

Dans la loi 4, à notre titre, Ulpien suppose que celui à qui l'on a promis un usufruit, délègue son débiteur à un tiers qui

(130) Paul, l. 71, pr., *Pro socio*, XVII, 2.

(130 bis) Papinien, l. 4, § 1^{er}, *De usuris*, XXII, 1.

(131) *Eod.*, l. 17, *De condict. furt.*, XIII, 1.

(132) L. 1, C., *Ad. Snt. Vel.*, IV, 29.

(133) L. 4, C., *De fidejus.*, VIII, 41.

(134) Gaius, III, 170.

(135) Marcellus, l. 24, *De pecu. const.*, XIII, 5. — Papinien, l. 3, pr., Marcien, l. 12, § 5, *Qui pot. in pig.*, XX, 4.

(136) Gaius, II, 38.

stipule l'usufruit du même fonds. Il n'y aura pas novation et la première obligation subsistera à côté de la seconde. Cette décision, contraire à l'équité et à l'intention des parties, sera sans doute corrigée à l'aide de l'exception de dol, et en réalité la première dette d'usufruit se trouvera éteinte *exceptionis ope* ; mais il n'y aura pas novation. *Si ususfructus debitorum meum delegavero tibi, non novetur obligatio mea.*

Pourquoi ce résultat ? Pourquoi la novation est-elle impossible dans cette hypothèse. Nous croyons, pour notre part, que le jurisconsulte est parti de cette idée exacte, que deux personnes, quoique stipulant l'usufruit de la même chose, ne stipulent pas le même usufruit. Le droit d'usufruit se mesure sur la vie de la personne à laquelle il appartient. En un mot, l'usufruit, quoique portant sur la même chose, constitue en réalité un objet différent, selon qu'il repose sur la tête de telle ou telle personne. Il n'y a donc plus *idem debitum*, et cela suffit pour que la novation ne puisse s'opérer. *Res quæ mihi debebatur non est in posteriorem obligationem deducta, adeoque nulla est novatio* (137).

54. — D'autres textes montrent encore bien clairement la nécessité de l'identité d'objet pour que la novation puisse s'opérer.

Toutes les fois qu'il y a faute du débiteur, son obligation est perpétuée (138). Il résulte de cette règle que l'esclave qui périt par la faute du débiteur peut encore être demandé en justice. La chose qui a été détruite par sa faute ou après sa demeure est réputée subsister comme objet dû. L'obligation pourra donc encore être éteinte par acceptilation, ou être garantie par un fidéjusseur. Mais on peut douter que la novation soit encore possible ; car sur quoi pourrait porter la stipulation *novandi causâ* ? Ce n'est pas sur l'esclave lui-même, puisqu'il a cessé d'exister. Peut-on stipuler la valeur pécuniaire de cet esclave ? Non encore ;

(137) Poth. *Pand., De novat.*, n° 16, p. 260, note 1.

(138) Paul, l. 91, § 3, *De verb. oblig.*, XLV, 1.

car ce qui faisait l'objet de la première obligation, c'était l'esclave lui-même et non sa valeur pécuniaire. *Novari autem an possit hæc obligatio dubitationis est : quia, neque hominem qui non est, neque pecuniam quæ non debetur, stipulari possumus* (139).

Pourquoi donc ces hésitations sur la possibilité de faire encore novation après la mort de l'esclave, sinon parce qu'on ne peut plus stipuler *id quod jam debetur* ; parce que l'objet de la première obligation ne peut plus être déduit dans la stipulation ? La valeur de l'esclave ne peut pas faire l'objet de la novation, parce que ce n'est pas le contenu de la première obligation. Pour que l'objet de la stipulation *novandi causâ* soit conforme à celui de la première dette, il faudrait pouvoir stipuler l'esclave lui-même qui a cessé d'exister. Paul admet sans doute la possibilité de la novation, et en ce sens il cite l'opinion de Julien ; mais cette solution tient à des considérations que nous exposons un peu plus loin sur le sens qu'il faut attribuer à ces mots : *idem debitum*. Toujours est-il que la difficulté soulevée par le jurisconsulte provient de ce que la novation paraît impossible, parce que l'objet primitivement dû ne peut plus être déduit dans la stipulation.

55. — Julien pose également en principe que l'objet d'une stipulation faite pour nover doit être identique à l'objet d'un paiement destiné à libérer le débiteur (140). Si le créancier d'un fonds stipule d'un tiers la nue propriété de ce fonds, il n'y aura pas novation ? Pourquoi ? parce qu'en livrant le fonds déduction faite de l'usufruit, le débiteur ne serait pas libéré. La promesse a porté sur autre chose que ce qui était dû en vertu de la première stipulation (141). L'objet de la première obligation n'a été déduit

(139) *Eod.*, l. 91, § 6, *eod. tit.*

(140) L. 56, § 7, *eod. tit.* — Poth. *Pand.*, *De novat.*, n° 19, p. 260.

(141) *Quia aliud in secundâ stipulatione venit quam in primâ*. Glos. *ad leg.* 56, § 7, XLV, 1. — Duaren, *ad h. leg.*, p. 999.

dans la stipulation, ni pour le tout, ni même pour partie ; car la nue propriété constitue bien plutôt un objet distinct qu'une partie de la pleine propriété. En d'autres termes, la stipulation *novandi animo* ne saurait avoir un objet différent de celui du paiement (142).

56. — Ne pourrait-on pas toutefois retourner l'argument contre nous et invoquer précisément l'analogie entre le paiement et la novation, pour soutenir que cette dernière peut avoir lieu par changement d'objet ? Sans doute le créancier peut toujours, dans la rigueur du droit, exiger la chose due elle-même ; mais rien ne l'empêche d'en accepter une autre, et alors l'opération, au lieu de s'appeler paiement, s'appelle *datio in solutum*. *Res pro re solvi potest*. Puisqu'il y a analogie entre le paiement et la novation, il faut donc aussi admettre dans ce dernier cas une sorte de *datio in solutum*, et reconnaître au créancier le pouvoir d'éteindre son droit par la stipulation d'un objet qui n'était pas primitivement dû.

Nous ferons d'abord observer que le paiement proprement dit doit, comme la novation, porter sur l'objet même de la dette. *Tollitur autem obligatio, præcipue solutione ejus quod debeatur* (143). Le créancier peut sans doute accepter un autre objet ; mais le débiteur, en lui fournissant cette autre chose, ne fait pas un véritable paiement ; il fait un acte analogue au paiement, une *datio in solutum*. Or, que trouvons-nous dans la *datio in solutum* ? D'abord une translation de propriété qui n'était pas due ; ensuite un pacte de remise portant sur la dette elle-même. Voilà ce que l'analyse juridique découvre dans la *datio in solutum*. Il en résulte que l'action du créancier n'est pas éteinte de plein droit, mais se trouve seulement paralysée à l'aide d'une exception. Cette doctrine était en effet professée par

(142) Vénuléius, l. 31, § 1^{er}, *h. tit.*

(143) Gaius, III, 168.

les Proculiens. *Quod diversæ scholæ auctoribus visum est* (144).

Eh bien ! il en est absolument de même pour la novation. Celui qui promet autre chose que l'objet primitif de sa dette, ne fait pas une véritable novation, mais un acte analogue à la novation. De même que dans la *datio in solutum*, l'analyse juridique découvre dans cette opération deux actes parfaitement distincts : c'est d'abord une stipulation portant sur un objet nouveau qui n'était pas dû ; c'est ensuite un pacte de remise portant sur la première obligation. Or, la règle est que les pactes n'éteignent pas les obligations *ipso jure*. L'ancienne dette n'a donc point été éteinte *ipso jure*, puisqu'elle n'a point été *deducta in stipulationem*. Elle subsiste toujours en droit civil ; mais le débiteur sera protégé par une exception contre le créancier qui voudrait s'en prévaloir contrairement au pacte de remise. L'intention des parties sera donc respectée ; c'est ce que nous dit la loi 4, à notre titre, dont nous avons déjà parlé (V. *suprà*, n^{os} 26 et 53), et cette décision doit être étendue à tous les cas où la stipulation réussit à créer une nouvelle obligation, et ne réussit pas, faute d'identité d'objet, à détruire la précédente.

Il est vrai que cette manière de voir sur les effets de la *datio in solutum* n'était pas partagée par tous les jurisconsultes. Tandis que les Proculiens distinguaient cette opération du paiement, les Sabinien, au contraire, assimilaient au paiement la *datio in solutum* ; *quod nostris præceptoribus placet* (145). On peut douter que la doctrine des Sabinien soit plus conforme à la vérité, bien que Justinien ait mis la *datio* en paiement sur la même ligne que le paiement (146). Quoi qu'il en soit d'ailleurs de cette controverse, et même en se plaçant au point de vue de l'opinion des Sabinien, on comprend que l'on n'ait pas

(144) Gaius, *loc. cit.*

(145) Gaius, *eod. loc.*

(146) *Inst.*, III, 29, pr.

admis aussi facilement pour la novation la doctrine que l'on adoptait en ce qui concerne la *datio in solutum*. La nécessité de l'identité d'objet dans la novation résultait, en effet, comme nous allons le voir, de la forme même dans laquelle elle s'opérait. L'objet de la première dette devait être déduit dans une formule sacramentelle. Au contraire, le paiement n'était pas soumis à une forme déterminée, et prêtait, par conséquent, plus facilement à la confusion que nous avons signalée.

Le pacte de constitut lui-même supposait l'identité d'objet. Tel fut du moins le principe originaire, fondé sans doute sur ce que le constitut n'était qu'une convention de payer, et qu'on ne paie valablement que l'objet dû. On finit, il est vrai, par abandonner ce principe rigoureux, mais ce ne fut qu'après un certain temps et avec difficultés (147). Si l'on doutait de la possibilité de substituer un autre objet à celui de la dette dans le pacte de constitut, pacte prétorien, à plus forte raison cette solution devait-elle rencontrer de grands obstacles dans la novation, soumise à la formule étroite et rigoureuse de la stipulation.

Nous croyons donc que si la confusion était possible entre le paiement et la dation en paiement, elle était impossible pour la novation. Nous verrons d'ailleurs que la rigueur de notre règle finit par s'adoucir, et que, si l'on ne consacra pas formellement le principe général que la novation peut avoir lieu par changement d'objet, on admit du moins des solutions qui ouvraient la voie conduisant à ce principe.

57. — Il nous paraît donc suffisamment établi que la novation ne pouvait s'opérer par changement d'objet ; mais il ne faut pas seulement constater l'existence d'une règle, il faut encore chercher à s'en rendre compte et à la justifier. Était-ce donc là une théorie arbitraire, imaginée à plaisir par les jurisconsultes romains ? N'était-ce pas, au contraire, une règle qui s'imposait en vertu du caractère même que les Romains attribuaient à la novation ?

(147) Ulpien, l. 1, § 5, *De pecun. const.*, XIII, 5.

Aujourd'hui, la novation consiste dans la substitution d'une dette nouvelle à une dette ancienne, quelle que soit d'ailleurs la forme employée pour opérer cette substitution (art. 1271, C. civ.). La novation peut donc se présenter sous les aspects les plus divers. Ce n'est pas un acte auquel la loi a conféré, avec un nom spécial, une forme précise et une individualité distincte. Assurément, cette substitution d'une obligation nouvelle à une obligation ancienne était loin d'être inconnue des Romains, qui nous en donnent, au contraire, de nombreux exemples. J'avais déposé chez vous une certaine somme ; il est entendu entre nous que vous pourrez vous en servir et que vous serez tenu comme emprunteur (148). Vous me devez une somme d'argent comme mandataire, par suite de recouvrements faits en mon nom, et nous convenons que vous la retiendrez à titre de prêt. Ulpien décide que le mandat sera remplacé par un *mutuum* (149). Il faut, en généralisant, dire qu'à l'aide d'une convention spéciale, toute obligation, pourvu que son objet s'y prête, peut se convertir en obligation *ex mutuo*. Cette doctrine, quand on la rattache à l'idée d'une tradition *brevi manu*, n'est pas contraire à la règle générale d'après laquelle les pactes sont impuissants à faire naître une action. Une première vente peut être remplacée par une vente nouvelle, faite pour un prix inférieur ou supérieur (150). Un contrat de louage peut être transformé en un pacte de précaire (151).

Il est donc vrai de dire que cette substitution d'une dette nouvelle à une dette ancienne pouvait se faire à Rome aussi bien qu'aujourd'hui. Mais ce qui est vrai également, c'est que jamais les Romains n'ont appliqué le nom de novation à de telles substitutions. Pourquoi cela ? C'est que, dans tous ces actes,

(148) Ulpien, l. 9, § 9, Dig., *De reb. cred.*, XII, 1.

(149) *Eod.*, l. 15, *eod. tit.*

(150) Pomponius, l. 2, *De rescind. vend.*, XVIII, 5.

(151) Ulpien, l. 10, pr., *De adquir. vel amit. posses.*, XLI, 2.

l'analyse juridique découvre deux opérations parfaitement distinctes dont chacune se suffit à elle-même, et qui n'ont entre elles aucun rapport juridique nécessaire.

Prenons un exemple qui nous est donné par la loi 15, livre XII, titre 1^{er}, *De rebus creditis*. C'est un mandat auquel on a substitué un *mutuum*. Le simple pacte par lequel il est entendu que vous conserverez la somme due à titre de prêt, est sans doute impuissant à faire naître une action ; mais cet obstacle disparaît quand on décompose l'acte dont il s'agit. Il y a deux traditions sous-entendues : l'une qui est censée faite par le mandataire au mandant, et l'autre par le mandant à l'ancien mandataire, qui devient désormais un emprunteur en vertu de cette tradition feinte. L'opération étant ainsi décomposée, nous nous trouvons en présence de deux actes absolument distincts : l'un consiste dans le paiement de la dette du mandataire, l'autre dans une tradition qui a pour but de donner naissance au *mutuum*. De ces deux actes le premier seul a un effet extinctif, et il pourrait très-bien se faire sans le second, puisqu'un intervalle de temps considérable pourrait les séparer l'un de l'autre. En fait ils ont sans doute été réunis ; mais cette circonstance ne saurait changer leur caractère : en droit nous rencontrons toujours deux actes isolés et indépendants.

Ici nous touchons du doigt le motif même pour lequel les jurisconsultes romains nous indiquent toujours la stipulation comme étant la forme employée pour opérer novation (152). S'il en est ainsi, c'est que la stipulation, par sa formule large et élastique, était seule susceptible d'opérer l'extinction d'une première obligation comme conséquence de la création d'un nouveau droit ; c'est que seule elle pouvait produire, dans une opération unique, ces deux effets qui supposaient dans les autres hypothèses deux actes juridiquement distincts et indépendants.

(152) Nous rechercherons, dans la seconde partie de cette étude, si le contrat *litteris* n'avait pas également la puissance d'opérer novation. V. *infra*, nos 232 et suiv.

Mais toute stipulation était-elle susceptible d'atteindre ce but ? Ne fallait-il pas pour cela qu'elle portât sur le même objet que celui de l'obligation qu'elle était destinée à éteindre ?

Prenons un autre exemple : Vous m'avez vendu un esclave et je stipule de vous qu'à la place de cet esclave vous me donnerez un cheval. Cette stipulation va-t-elle opérer novation de la dette dont vous étiez tenu comme vendeur ? Assurément non. Ici encore l'analyse juridique découvre deux actes isolés et indépendants : j'ai voulu vous faire remise de la dette dont vous étiez tenu comme vendeur, et ensuite j'ai stipulé de vous une chose qui n'était pas due. Le premier de ces actes a seul opéré l'extinction de votre dette, et il se comprend très-bien indépendamment du second, car il porte sur objet différent et aurait pu intervenir longtemps avant la stipulation. Sans doute, ces deux actes peuvent être unis par une sorte de lien intellectuel. Les parties n'ont entendu faire disparaître la première obligation que pour la remplacer immédiatement par une autre. Cette considération, qui doit l'emporter si l'on se place au point de vue du pur droit naturel, nous paraît sans aucune influence sur le terrain de la loi romaine. Il en résulte sans doute que les parties ont fait en même temps et réuni dans une seule opération deux actes distincts ; mais ce qui reste toujours vrai, c'est qu'elles n'ont pu juridiquement confondre ces deux actes. Sous une loi formaliste, comme la loi romaine, il ne suffit pas d'un lien abstrait ; il faut que l'unité de l'opération apparaisse dans la formule même. Il faut une formule dans laquelle l'effet extinctif s'opère comme conséquence de la création d'une autre obligation. Il faut que la stipulation, en même temps qu'elle donne naissance à un nouveau droit, frappe et éteigne l'ancienne obligation, et cela n'est possible que par la *stipulatio debiti*. Il faut, pour atteindre ce but dans une opération unique, que l'ancienne dette fasse l'objet même de la stipulation, que ce qui était dû soit déduit dans la formule.

Stipuler ce qui est dû, voilà donc la novation romaine. Qu'il y

ait là deux résultats fort distincts, cela est de toute évidence ; mais il n'y a pas deux actes isolés et indépendants ; ces deux effets sont le produit d'une seule et même opération ; l'acte qui oblige est l'acte même qui libère : c'est la *stipulatio debiti*. L'ancienne dette est éteinte parce qu'elle a été déduite dans la stipulation, et que la stipulation porte sur l'objet même de cette dette.

Pour résumer notre pensée en quelques mots, nous dirons : Si la stipulation était, comme nous le verrons, le seul mode employé à Rome pour opérer novation, c'est que la novation avec un nom spécial avait une forme précise et une individualité distincte. Il fallait qu'une seule formule pût du même coup détruire l'ancienne obligation et créer la nouvelle. Or, pour cela, il fallait la *stipulatio debiti*, la déduction de la première dette dans la stipulation. La stipulation seule pouvait atteindre ce but ; car n'ayant pas d'objet déterminé et spécial, elle pouvait recevoir l'objet de toute obligation dans sa formule flexible. Seule elle pouvait changer la forme d'une obligation sans en changer la matière. « La stipulation, comme l'a dit M. Gide (153), est une forme vide, un moule où l'on peut verser le contenu d'une obligation quelconque ; c'est une sorte de formule exécutoire, d'estampille juridique qui, apposée sur un contrat quel qu'il soit, lui imprime un caractère nouveau et le revêt d'une sanction nouvelle. »

Il faut donc se garder de croire, comme nous l'avons fait remarquer au début de ce travail, que le mot novation écrit dans nos Codes désigne une institution identique à la novation romaine. Les développements qui précèdent prouvent, au contraire, que ce mot désigne à Rome et dans notre Code civil deux institutions bien différentes.

58. — Si ces différents arguments paraissaient impuissants à établir notre principe, nous demanderions à nos adversaires

comment il se fait que les jurisconsultes romains aient laissé de côté l'hypothèse dont nous nous occupons, et qu'une application aussi pratique de la novation n'ait jamais servi de base à leurs raisonnements. Pourquoi Gaius garde-t-il le silence le plus absolu sur la novation par changement d'objet? Après avoir parlé du cas où elle a lieu par l'intervention d'un nouveau débiteur, le jurisconsulte s'occupe de l'hypothèse où l'on stipule de la personne même qui était obligée (154). Il faut, nous dit-il, qu'il y ait quelque chose de nouveau dans la stipulation. Il nous parle de plusieurs changements possibles; mais du changement d'objet il n'en est pas question.

Gaius, dira-t-on peut-être, ne fait que donner des exemples! Sans doute; mais l'exemple le plus pratique, celui qui se présente le premier à l'esprit, n'est-il pas celui où le débiteur promet autre chose que ce qu'il devait? N'est-ce pas celui-là même que citent en première ligne ceux qui refusent d'admettre notre doctrine? Gaius, dans un ouvrage élémentaire, n'aurait certainement pas manqué de citer cet exemple comme un des plus simples et des plus évidents. De ce silence général il faut donc conclure que le changement d'objet répugnait au caractère même de la novation. Les jurisconsultes n'en parlent pas, parce qu'il ne pouvait se présenter dans la législation romaine.

59. — Nous croyons avoir ainsi suffisamment établi notre principe, à savoir que le trait commun qui doit exister entre les deux obligations, c'est l'*idem debitum* : l'objet de l'ancienne obligation doit faire aussi l'objet de la stipulation *novandi causâ* (155). Il ne nous reste plus qu'à le préciser dans ses applications et à en déterminer la portée.

(154) C. III, 176 et suiv.

(155) Cujas (édit. Fabrot), *Paratitla in Dig.*, XLVI, 2 (t. I, col. 879). — *Comment. ad lib. Quæst. Papin.*, l. 115, *De verb. oblig.*, (t. IV, col. 65.) — *Comment.*, ad l. 28, *Dig.*, *De act. empti*, XIX, 2, (t. VII, col. 833). — *Comment.*, ad l. 44, in fine, *Dig.*, *De oblig. et act.*, XLIV, 7, (t. VIII, col. 407). — Duaren, ad l. 56 § 7, *Dig.*, *De verb. oblig.*, (p. 999). — Poth.

De ce que le créancier ne peut stipuler *novandi causâ* autre chose que ce qui est dû, il ne faut pas en conclure qu'il ne puisse stipuler une partie seulement de ce qui est déjà dû. La novation partielle est, au contraire, possible ; car elle ne porte aucune atteinte à notre principe et n'en est qu'une application, puisque la partie est déjà comprise dans le tout. Mais il en résulte que la novation ne portera elle-même que sur une partie de l'objet dû, car cette partie seule a été déduite dans la stipulation.

Si, après avoir fait une vente, l'acheteur stipule une partie seulement de ce qu'il pouvait obtenir par l'action *ex empto*, il ne pourra obtenir que ce qui aura été stipulé, mais il pourra demander le surplus par l'action *ex empto* ; car la novation n'a pu atteindre que ce qui a été déduit dans la stipulation (156).

De même, le créancier d'un fonds, qui stipule la moitié, le tiers, ou le quart de ce fonds, opère novation pour la partie stipulée, pourvu bien entendu que cette stipulation renferme quelque chose de nouveau. C'est là, en effet, comme nous l'avons déjà dit, une condition pour que la stipulation soit valable ; car celui qui ayant stipulé dix stipulerait ensuite cinq, ferait un acte complètement nul (157).

De même encore, lorsqu'il s'agit d'un droit de nature à donner lieu à des prestations successives, la stipulation portant sur

Pand., De novat., n° 19, p. 260. Cpr. n° 16, p. 260, note 1. — Gide, *op. cit.*, p.p. 117 et suiv. — Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 684. — Ortolan, *Explication historique des Institutes* (10^e édit., 1876), t. III, n° 1700 bis. — Labbé, *De quelques difficultés relatives à la perte de la chose due*, p. 38 (Paris, 1867). — V. notamment, en sens contraire, Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain* (2^e édit.), t. II, p. 431. — Maynz, *Cours de droit romain* (Bruxelles et Paris, 1870), t. II, p. 532. — Van Wetter, *Cours élémentaire de droit romain*, t. I, p. 716. — Molitor, *Les obligations en droit romain*, t. III, p. 265. — De Fresquet, *Traité élémentaire de droit romain*, t. II, p. 318.

(156) Papinien, l. 4, § 1^{er}, *De usuris*, XXII, 1. — Pomponius, l. 3, § 1^{er}, *De act. empti et vend.*, XIX, 1.

(157) Julien, l. 58, *De verb. oblig.*, XLV, 1.

ce que doit le débiteur, *quidquid dare facere oportet*, ne comprend que ce qui est dû actuellement. La créance sera novée pour le passé, mais elle restera pour l'avenir; car, pour cette dernière partie, elle n'a pas été déduite dans la stipulation. Si l'on veut novar la créance tout entière, il faudra la comprendre tout entière dans la stipulation, c'est-à-dire stipuler : *Quidquid dare facere oportet, vel oportebit, præsens in diemve* (158).

Nous venons de voir que la novation peut porter sur une partie de l'objet dû, et qu'en pareil cas tout ce qui n'a pas été déduit dans la stipulation reste dû en vertu de l'obligation primitive. Ce résultat, commandé par les principes, peut être tout à fait contraire à l'intention des parties; car il est possible que le créancier n'ait stipulé une partie de ce qui était dû que dans le but de renoncer au surplus de son droit. Dans cette hypothèse, l'action primitive subsiste bien pour la partie qui n'a pas été novée, mais elle sera paralysée par une exception de dol.

60. — Nous venons de nous occuper de la novation partielle; mais il faut se garder de confondre la stipulation portant sur une partie d'un tout et la stipulation ayant en réalité un objet différent, bien qu'en apparence il semble constituer la partie d'un tout.

Prenons, par exemple, un fonds de terre; ce fonds peut sans doute se diviser en quotes-parts ou en parties matérielles; mais la propriété de ce fonds est aussi susceptible de se démembrer. Il peut être grevé de servitudes réelles ou personnelles. Il est de ces démembrements qui se décomposent eux-mêmes en différents éléments. L'usufruit comprend l'*usus* et le *fructus*. La *via* comprend l'*actus* et l'*iter*. Disons-nous que ces différents démembrements, ou ces différents éléments d'un même démembrement constituent des parties d'un tout et peuvent être déduits dans la stipulation *novandi causâ*?

Si Primus est créancier du fonds Sempronien, peut-il faire

(158) Paul, l. 76, § 1^{er}, *eod. tit.*

novation en stipulant seulement l'usufruit ou la nue propriété de ce fonds? Non ; la stipulation n'aura pas pour effet de nover la créance pour le tout, ni même en partie (159). L'usufruit et la nue propriété réunis forment sans doute le droit de propriété ; mais, lorsqu'ils sont séparés, ce sont en réalité des objets différents bien plutôt que les parties d'un même tout (160). Primus, créancier du fonds Sempronien, en stipulant la nue propriété de ce fonds, n'a donc pas stipulé l'objet même de la première dette ; il n'a pas même déduit dans la stipulation une partie de cet objet, et dès lors la novation est impossible. *Quia aliud in secundâ stipulatione venit quam in primâ.*

De même, celui qui a d'abord stipulé *actus*, ne peut nover sa créance en stipulant ensuite *iter* ; car l'*iter*, quoique compris dans l'*actus*, constitue en réalité un objet différent. *Aliud est iter, aliud actus* (161).

D'une manière générale, nous dirons donc que, si l'on peut faire valablement une novation partielle, il en est autrement quand l'objet déduit dans la stipulation constitue en réalité un objet distinct, bien plus que la partie d'un tout.

61. — Il nous reste, pour terminer sur l'objet de la novation, à examiner une dernière question. Il faut, avons-nous dit, qu'il y ait identité d'objet entre les deux obligations ; il faut *idem debitum* ; mais que faut-il entendre par ces expressions ? Est-ce donc que la seconde obligation doit avoir le même objet matériel que la première ? Faut-il que ce soit la même maison, le même cheval ou le même esclave ? Assurément non ; le *debitum* n'est pas plus l'objet matériel de l'obligation que cette obligation elle-même. Ce qui fait l'objet de la créance, c'est la valeur de la chose, l'objet juridique, la prestation que l'on peut exiger du débiteur. Telle est la signification de ces mots : *idem debitum* ;

(159) Julien, l. 56, § 7, *eod. tit.*

(160) Paul, l. 126, § 1^{er}, *eod. tit.* — V^o toutefois, Julien, l. 58, *eod. tit.*

(161) Ulpien, l. 9, § 2, *h. tit.*

tel est, en tous cas, le sens qui leur fut attribué dès la fin du deuxième siècle et le commencement du troisième siècle de l'ère chrétienne, comme le prouve un texte de Paul, qui forme la loi 91, § 6, livre XLV, titre I, *De verb. obligat.*, que nous avons déjà eu l'occasion de citer (V. *suprà*, n° 54).

L'esclave décédé après la demeure du débiteur peut encore être demandé en justice, nous dit le jurisconsulte. Cette obligation ainsi perpétuée peut faire l'objet d'une acceptilation et être garantie par un fidéjusseur ; mais peut-elle encore être novée ? On ne peut stipuler l'esclave lui-même, car il a cessé d'exister. Peut-on stipuler la somme représentant la valeur de cet esclave ? Non encore, puisque cette somme n'était pas due. Cette somme est due cependant, puisque l'obligation a été perpétuée par suite de la demeure du débiteur. Si Paul craint que cette somme ne puisse être déduite dans la stipulation, c'est qu'elle ne faisait pas l'objet primitif de la première obligation : ce qui était dû, c'était l'esclave lui-même. Pouvait-on dire dès lors qu'il y avait *idem debitum*, si l'on stipulait la valeur de cet esclave, au lieu de stipuler l'esclave lui-même ? Voilà assurément l'objection que se posait le jurisconsulte ; mais il ne s'y arrête pas et décide que la novation doit s'opérer, à son avis, si telle a été l'intention des parties. Créancier de Stichus, je peux donc nover ma créance, non-seulement en stipulant l'esclave lui-même, mais encore en déduisant dans la stipulation la valeur pécuniaire de cet esclave. Le contenu de la première obligation sera conforme à celui de la seconde ; il y aura *idem debitum*, même objet juridique.

La question était donc encore débattue au temps où vivait Paul ; *novari autem an possit hæc obligatio dubitationis est....* et il ne fait que nous présenter la solution qui lui paraît devoir être admise. *Ego puto novationem fieri posse, si hoc actum inter partes sit.*

De cette loi nous croyons pouvoir tirer deux conséquences. La première, c'est que la novation n'est possible qu'autant que

l'objet de la stipulation est le même que celui de la première obligation. La seconde, c'est qu'après certaines hésitations on était arrivé à considérer comme *idem debitum* l'objet même de la première obligation et sa valeur juridique.

62. — Nous retrouvons la même doctrine dans un texte de Papinien, un des plus célèbres jurisconsultes, qui jouit de grands honneurs et d'un grand crédit.

Fundum Cornelianum stipulatus, quanti fundus est postea stipulor; si non novandi animo secunda stipulatio facta est, cessat novatio; secunda vero stipulatio tenet ex qua non fundus sed pecunia debetur. Itaque si reus promittendi fundum solvat, secunda stipulatio jure non tollitur; nec si litem actor ex prima contestetur; denique meliore vel deterioro facto sine culpa debitoris postea fundo, praesens aestimatio fundo petito recte consideretur; in altera vero ea aestimatio venit quae secundae stipulationis tempore fuit (162).

Créancier du fonds Cornélien, je stipule ensuite la valeur de ce fonds; y aura-il novation? Oui, si les parties ont entendu novier cette obligation. Dans l'hypothèse contraire il y aura deux obligations distinctes, l'une portant sur le fonds lui-même, et l'autre sur sa valeur pécuniaire. Il en résulte que, si le débiteur a livré le fonds, il reste encore tenu de la seconde obligation en droit civil. De même, le créancier, après avoir agi en vertu de la première stipulation, pourra agir de nouveau en vertu de la seconde. Cette question présente un intérêt pratique considérable; car le créancier sera ainsi à l'abri de tout risque et les cas fortuits seront désormais à la charge du débiteur. Si le fonds a augmenté de valeur, il demandera le fonds lui-même ou sa valeur au jour de la demande. Si, au contraire, il a perdu de sa valeur depuis la seconde stipulation sans la faute du débiteur, il demandera la valeur de ce fonds au jour de la seconde stipulation.

(162) L. 28, h. tit.

Jusqu'ici le texte peut se justifier ; mais voici un point sur lequel le jurisconsulte semble s'être mis en contradiction avec lui-même. Si les parties n'ont pas entendu nover, il n'y aura pas novation, *cessat novatio*, et il y aura deux stipulations, l'une portant sur le fonds et l'autre sur sa valeur estimative. Papinien en conclut que le créancier qui a agi en vertu de l'une d'elles peut encore agir en vertu de l'autre. Mais on sait que le principe : *Bis de eâdem re agi non potest*, empêche de réclamer deux fois le même objet en justice. Or, il y a *idem debitum*, le fonds et sa valeur ; c'est un seul et même objet, puisque c'est pour cette raison que la novation peut s'opérer. Il semble donc qu'il y ait contradiction entre ces deux décisions : il y a novation parce qu'il y a *idem debitum* ; le créancier peut agir deux fois en justice, ce qui suppose que les deux objets sont différents.

Nous croyons cependant que cette contradiction disparaît, si l'on examine d'un peu plus près l'une et l'autre de ces solutions. On convient que nul n'était plus attaché à l'équité qu'e Papinien, au point qu'il ne lui répugnait pas de revenir sur son opinion, lorsqu'il doutait de sa rectitude. Or, au point de vue de l'équité, ces deux décisions sont en parfaite harmonie ; car elles se règlent l'une et l'autre sur l'intention des parties. Il y a novation lorsque les parties l'ont voulu, lorsqu'elles ont entendu substituer à l'obligation du fonds lui-même, une obligation portant sur sa valeur pécuniaire. Il se peut, au contraire, que les parties aient entendu contracter une seconde obligation distincte de la première. Dans ce cas, les deux obligations vont coexister, et la poursuite intentée en vertu de l'une d'elles ne fera pas, en principe, obstacle à l'exercice d'une nouvelle poursuite en vertu de l'autre. Toutefois, si le créancier a voulu par là se garantir contre les risques provenant de la diminution de valeur du fonds, il n'a pas entendu, il faut du moins le présumer, créer à son profit le droit exorbitant d'exiger deux fois la même chose. Il en résulte que, si le créancier agit en vertu de la seconde stipulation, après avoir déjà agi en vertu de la première,

le débiteur, à l'aide de l'exception de dol, pourra repousser son action, ou, tout au moins, le contraindre à imputer sur la somme demandée le bénéfice qu'il aura déjà obtenu sur la première action.

Ces deux décisions peuvent également, à notre avis, être conciliées au point de vue des principes. Il est certain qu'il n'y a pas identité complète entre les deux objets : la somme représentant la valeur du fonds est autre chose que le fonds lui-même. La première obligation a pour objet un fonds, c'est-à-dire une valeur essentiellement variable ; la seconde stipulation porte, au contraire, sur une valeur invariable, ce qui rejette les risques de détérioration et de perte sur le débiteur. On ne peut donc appliquer ici la règle : *Bis de eâdem re agi non potest*. Si, malgré cela, le jurisconsulte admet la possibilité de la novation, c'est qu'il n'a pas vu entre ces deux objets, conformément à l'intention des parties, une différence assez considérable pour qu'elle ne pût s'opérer. Il y a donc une différence, et la *litis contestatio* ne saurait éteindre le droit du créancier *ipso jure* ; mais il y a cependant une certaine ressemblance entre les deux objets, et cela suffit pour qu'il puisse y avoir novation.

La décision de Papinien constitue un progrès vers un principe moins rigoureux : il fallait toujours le même objet dans la seconde obligation, mais l'identité absolue d'objet cessait d'être nécessaire, ou plus exactement, on avait interprété ces mots : *idem debitum*, dans un sens plus large, qui permettait d'admettre les solutions données par Paul et Papinien sans détruire le principe lui-même.

63. — La doctrine de Paul et de Papinien, tout en constituant un progrès, laissait donc subsister le principe lui-même, puisque l'objet d'une obligation, c'est, avons-nous dit, l'objet juridique bien plus que l'objet matériel. Ce sont là deux choses qu'il ne faut pas confondre, et l'on comprend très-bien que plusieurs obligations aient le même objet matériel sans avoir cependant

le même objet juridique (163). Ce qu'il faut et ce qui suffit dans la novation, c'est l'identité de l'objet juridique. On s'explique donc la possibilité de nover l'obligation portant sur tel objet matériel, en stipulant sa valeur pécuniaire, car c'est là en réalité le véritable objet juridique ; c'est la prestation que le créancier peut exiger du débiteur à défaut d'une exécution volontaire ; c'est la condamnation qui sera prononcée au profit du demandeur, du moins sous le système formulaire, lorsque le droit aura été déduit en justice.

Il est donc certain que le créancier, après avoir stipulé un esclave, pouvait ensuite, *novandi causâ*, stipuler la valeur de cet esclave, *quanti is servus erit*. On trouve dans les textes un exemple d'une stipulation ainsi formulée, nous voulons parler de la stipulation Aquilienne. Nous nous contenterons de faire ici ce rapprochement ; car nous nous sommes déjà occupé de cette stipulation dans une autre partie de ce travail, et nous avons vu qu'il y avait là une sorte de *stipulatio debiti* générale comprenant dans sa formule toutes les prétentions du créancier, pour les transformer en une seule créance susceptible de s'éteindre par acceptilation (164).

64. — Nous venons de voir que le créancier pouvait nover sa créance en la transformant en une créance d'argent, en stipulant la valeur pécuniaire de la chose, *quanti res est, res erit*. De là il est peut-être permis de conclure que les parties auraient pu liquider elles-mêmes la créance et faire porter la stipulation, non plus sur une valeur incertaine, mais sur une somme déter-

(163) Ulpien, l. 10, *De act. empti et vend.*, XIX, 1. — Paul, l. 14, § 2, *De except. rei judi.*, XLIV, 2. — Julien, l. 18, *De oblig. et act.*, XLIV, 7.

(164) Toutefois, la stipulation Aquilienne ne tranche pas précisément la question que nous venons d'examiner : peut-on faire novation en stipulant la valeur de la chose due ? car nous avons vu que ce qui est compris dans cette formule, c'est le droit supposé déduit en justice, c'est-à-dire le droit portant sur une somme d'argent.

minée représentant la valeur de la chose (165). Cette solution ne détruit pas le principe lui-même. Ce n'est pas en réalité un autre objet qui a été stipulé. Les parties n'ont fait que prévenir les difficultés et les incertitudes d'une liquidation judiciaire.

On alla plus loin encore, et Justinien (166) suppose que la novation pourra résulter d'une stipulation portant sur une quantité moindre ou plus considérable que celle qui était primitivement due *Si quis... vel quantitatem augendam, vel minuendam esse crediderit*. La matière même de l'objet n'est pas changée ; sa quantité seule se trouve augmentée ou diminuée. Cette solution constituait un progrès considérable vers un principe nouveau ; elle ouvrait la voie qui conduisait à une autre doctrine autorisant la novation par changement d'objet. Peut-être n'est-il pas téméraire de penser que l'on fit ce dernier pas, et que l'on finit par admettre cette nouvelle doctrine (167).

C'est ainsi que la novation élargissait sans cesse sa sphère : le principe de l'identité d'objet, d'abord scrupuleusement observé par les jurisconsultes, avait perdu peu à peu de sa rigueur primitive pour faire place peut-être, dans le dernier état du droit, à un principe diamétralement opposé.

65.— Nous venons de voir quelles sont les conditions nécessaires à l'existence de toute novation : elles sont toutes comprises dans cette seule phrase, qui n'est autre que la définition même de la novation : *Stipulatio nova prioris debiti*. Il faut une stipulation valable et régulière portant sur l'objet d'une première dette. Est-ce à dire que la novation ne pourra jamais s'opérer en l'absence de l'une ou de l'autre de ces conditions ; et, réciproquement, faut-il en conclure que la novation s'opérera dès que ces conditions se trouveront réunies ? En d'autres termes, ces conditions sont-elles absolument nécessaires, et sont-elles suffisantes ?

(165) Arg. l. 9, pr., *De reb. credit.*, XII, 1. — V. aussi, Paul, l. 44, § 6, *De oblig. et act.*, XLIV, 7. — Gide, *op. cit.*, p. p. 146 et suiv.

(166) L. 8, C. ; *h. tit.*

(167) Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 695.

A. — Ces conditions sont-elles absolument nécessaires ?

Qu'il ne puisse y avoir novation sans une obligation ancienne qui se trouve éteinte, cela est de toute évidence, puisque la novation n'est autre chose que la transformation d'une première dette en une obligation nouvelle. Nous croyons également que l'identité d'objet, du moins dans le droit ancien et encore au temps de Gaius, constituait un élément essentiel de la novation. Nous avons vu qu'une interprétation plus large avait été donnée par certains jurisconsultes à ces mots : *idem debitum*, et que la jurisprudence avait fait un pas vers l'adoption d'un principe moins rigoureux. Nous avons ajouté que le principe lui-même avait fini sans doute par disparaître, de telle sorte que, dans le dernier état du droit, l'identité d'objet ne pouvait plus être considérée comme une condition nécessaire à l'existence de la novation.

Il ne nous reste plus qu'à nous demander si la stipulation était absolument nécessaire pour opérer novation. Ne pouvait-on pas, dans ce but, recourir à la *dotis dictio* ? Ne pouvait-on pas surtout faire usage du contrat *litteris*, et obtenir par la *transcriptio a re in personam*, ou *a personâ in personam* le résultat produit par la *stipulatio debiti* ? Ne fallait-il pas voir également une espèce particulière de novation dans l'extinction du droit déduit en justice, opérée par la *litis contestatio* ? Nous laissons ces différentes questions de côté pour le moment ; nous nous proposons de nous en occuper d'une manière toute spéciale à cause de leur importance et des longs développements qu'elles exigent. Cette étude fera l'objet de la seconde partie de ce travail.

B. — 66. — Ces conditions sont-elles suffisantes ? Y a-t-il nécessairement novation dès que les conditions dont nous avons parlé se trouvent réunies ? Suffit-il, pour nover ma créance, que nous ayons déduit son objet dans une stipulation valable et régulière en la forme ? Ne faut-il pas encore qu'à ces différentes conditions vienne se joindre notre volonté de réaliser ce ré-

sultat ? En d'autres termes, la novation suppose-t-elle l'*animus novandi*, comme condition nécessaire et indispensable ?

Animus novandi

67. — Toute novation suppose, comme nous l'avons vu, l'existence d'une dette antérieure, une stipulation valable en la forme et l'identité d'objet. Mais, à l'inverse, il ne serait pas exact de dire qu'il y a novation toutes les fois qu'il existe une stipulation régulière portant sur l'objet d'une dette précédente. Quand je stipule mille sesterces de Secundus, après avoir déjà stipulé la même somme de Primus, il se peut sans doute qu'il y ait novation, que l'obligation de Primus soit éteinte et remplacée par la promesse de Secundus ; mais il se peut également que cette promesse ait une signification et des effets tout différents de ceux que nous venons d'indiquer. Il est possible, en effet, que la dette de Primus ne soit pas éteinte et que Secundus ne soit qu'un fidéjusseur, ou bien encore que les deux débiteurs soient tenus l'un et l'autre au même titre, qu'il y ait une seule dette reposant pour le tout sur la tête de plusieurs, et susceptible néanmoins d'être éteinte à l'égard de tous par un seul paiement. Il se peut enfin qu'il y ait deux dettes distinctes subsistant l'une à côté de l'autre, la première à la charge de Primus et la seconde à la charge de Secundus.

Alors même que la stipulation intervient entre les mêmes parties, elle n'aura pas toujours et nécessairement pour effet d'opérer novation. Si je stipule de Primus mille sesterces, après lui avoir prêté la même somme, il se peut que l'opération ne constitue en réalité qu'un seul acte, et qu'il n'y ait qu'un contrat verbal (V. *suprà*, n^{os} 27 et 28). Il est possible, au contraire, qu'il y ait deux contrats distincts produisant chacun l'effet qui lui est propre, et alors la stipulation peut avoir pour résultat d'opérer novation et d'éteindre la première obligation ; ou bien elle peut n'avoir été faite que pour corroborer l'obligation préexistante,

de telle sorte que le créancier pourra user à son choix de l'action primitive ou de l'action *ex stipulatu*. Enfin les deux contrats peuvent être absolument distincts et indépendants et porter sur des objets différents, de telle sorte que le créancier pourra agir successivement par l'une et l'autre action.

Tels sont les différents résultats que cette stipulation était susceptible de produire. Mais alors comment, dans chaque espèce, déterminer d'une manière exacte la nature de l'opération ? Doit-on, pour atteindre ce but, s'attacher uniquement à la forme extérieure de l'acte ? La formule employée peut-elle et doit-elle, en effet, être suffisante pour permettre de distinguer ces différentes opérations ? Ne faut-il pas, au contraire, aller plus au fond des choses et voir ce que les parties ont voulu faire en réalité ? En d'autres termes, la novation n'exige-t-elle pour sa réalisation que l'existence d'une obligation antérieure, et une stipulation régulière faite dans une forme déterminée ? Ne faut-il pas encore un autre élément : la volonté des parties, *l'animus novandi* ?

68. — Faisons tout d'abord une remarque qui aura pour but d'éviter toute confusion dans l'examen de cette question. Lorsque nous recherchons si la volonté des parties est nécessaire pour opérer novation, nous n'entendons pas évidemment parler de ce consentement qui est un élément essentiel à l'existence de la stipulation, comme de tout autre contrat, et sans lequel elle ne serait qu'une vaine formule. En ce sens, il est certain que la *stipulatio debiti* est un acte complètement volontaire. Mais nous recherchons en ce moment si à cette volonté de stipuler ne doit pas encore se joindre l'intention toute spéciale de stipuler dans tel but déterminé, en vue d'éteindre une première obligation, en un mot *l'animus novandi*.

Nous laissons également de côté les hypothèses dans lesquelles la novation pourrait rencontrer des obstacles étrangers à la question qui nous occupe, comme dans le cas où la stipulation porterait sur un objet différent de celui de la première obligation.

69. — Ces deux observations préliminaires étant faites, nous revenons à notre question que nous formulons ainsi : En supposant réunies toutes les conditions dont nous avons parlé, faut-il de plus, pour qu'il y ait novation, que l'*animus novandi* ait existé chez les parties contractantes? Nous croyons que les anciens jurisconsultes, guidés par l'esprit d'un étroit formalisme, n'ont pas tout d'abord exigé l'*animus novandi*, et que la volonté des parties a peu à peu triomphé à mesure que le formalisme perdait de son importance, pour devenir enfin sous Justinien, non-seulement une condition de la novation, mais encore un élément tout à fait indépendant de la formule. Cette doctrine nous paraît en parfaite harmonie avec la marche naturelle des idées et l'esprit des institutions romaines.

Gaius, en parlant de la novation, ne fait pas mention de la nécessité de l'*animus novandi*. Serait-ce parce qu'il considère cette condition comme indispensable, de telle sorte qu'il ait voulu la sous-entendre? Ne faut-il pas en conclure, au contraire, que dans le droit très-ancien et encore à l'époque de ce jurisconsulte, l'intention des parties n'était pas nécessaire, et qu'il y avait des formules spécialement réservées pour le cas où la stipulation intervenait dans le but d'opérer novation? Cette dernière hypothèse nous paraît la plus vraisemblable, et cela parce qu'elle est conforme à l'esprit du droit romain de cette époque, parce qu'elle semble bien résulter de l'examen des textes de Gaius et des jurisconsultes antérieurs ou contemporains, et surtout de la comparaison de ces textes avec ceux qui appartiennent aux jurisconsultes postérieurs et à Justinien.

70. — Cette conjecture ne semble-t-elle pas d'abord plausible, si l'on considère le caractère essentiellement formaliste que la législation romaine a longtemps conservé? N'est-il pas conforme à la marche ordinaire des développements et des progrès du droit romain que l'intention des parties, toute puissante dans le dernier état de la législation, n'ait été au début qu'un fait secondaire et même complètement indifférent, sans lequel la

stipulation était susceptible d'opérer novation ? Est-il donc étonnant que la novation ait eu sa formule, à une époque où l'art subtil des prudents en avait inventé un si grand nombre correspondant aux différents contrats. Il paraît même que Manilius en avait composé un recueil spécial pour les ventes (168). Il y avait une formule pour la corréalité (169). Il y en avait une pour chaque espèce d'*adpromissio* (170). N'est-il pas permis, dès lors, de penser que les Romains, fidèles à leurs habitudes de précision formaliste, avaient dû imaginer un mécanisme suffisant pour prévenir toute confusion, une formule déterminée qui toujours, mais qui seule était susceptible d'opérer novation ?

71. — Telle paraît bien être la théorie de Gaius, si l'on examine attentivement le passage de ses *Institutes* relatif à la novation. Il y a novation, nous dit-il, si, par exemple, je stipule de Titius qu'il me donnera ce que vous me devez ; car par l'intervention d'une nouvelle personne une obligation nouvelle prend naissance, et la première disparaît pour passer dans la seconde (171). Pour qu'il y ait novation il faut donc une stipulation ; il faut l'intervention d'une nouvelle personne, ou, d'une manière plus générale, il faut que la stipulation renferme quelque chose de nouveau, *aliquid novi* (172). Il faut enfin qu'il y ait déjà une première dette et que je stipule ce qui était déjà dû. Dans tous les exemples que nous donne ensuite Gaius, nous retrouvons ces différentes conditions ; mais nous n'en trouvons pas d'autre. Ne sommes-nous pas fondé, dès lors, à en conclure que ces conditions sont nécessaires, mais suffisantes, et que l'*animus novandi* est étranger à la théorie de ce jurisconsulte sur la novation ?

72. — Dira-t-on que Gaius parle en réalité de l'*animus no-*

(168) Cicéron, *De oratore*, I, 58. — Varron, *De re rusticâ*, II, nos 2 à 9.

(169) Pomponius, l. 4, *De duobus reis const.*, XLV, 2.

(170) Gaius, III, 116.

(171) C. III, 176.

(172) Gaius, III, 177.

vandi sans le nommer, et que s'il voit une novation dans les différentes stipulations qu'il nous rapporte (173), c'est que chacune d'elles impliquait selon lui l'intention de nover? Mais il faut donc supposer que Gaius voit toujours et nécessairement une preuve suffisante de cette intention dans le seul fait de stipuler ce qui est dû par un autre! Est-ce là une présomption bien raisonnable? Ne peut-on pas et ne doit-on pas plutôt présumer que les parties ont entendu faire produire à la stipulation tous ses effets, sans porter atteinte à un droit préexistant? Si j'ai stipulé de Titius *post mortem ejus*, ou d'une femme ou d'un pupille sans autorisation de son tuteur, il y aura novation, nous dit Gaius. Ici encore il faut donc supposer que j'ai eu l'intention de nover, et que le jurisconsulte me prête ainsi la volonté d'abandonner mon ancien droit et de le remplacer par une stipulation sans aucune utilité pour moi, ou du moins par une stipulation qui ne produira qu'une obligation imparfaite, *et posterior obligatio nulla est*.

Mais, en supposant que Gaius ait admis de telles présomptions, en se fondant sur la volonté des parties, comment se fait-il qu'il n'en dise pas un seul mot? Suffit-il pour qu'il y ait novation entre les mêmes parties que l'on ait ajouté ou retranché un *sponsor*? Gaius admet l'affirmative; mais les Proculiens, au contraire, prétendaient que cette adjonction ou ce retranchement était insuffisant. N'était-ce pas là une pure question de droit, les uns attribuant à cette stipulation et les autres lui refusant la puissance d'opérer novation? En tous cas, et en supposant que ce soit bien une question d'intention et que cette différence de solution soit fondée sur la présomption de l'existence ou de la non existence de l'*animus novandi*, pourquoi encore ne pas le dire ou tout au moins y faire allusion?

La stipulation conditionnelle emporte-t-elle novation immédiate? Non, dit Gaius; il n'y aura novation que si la condition

(173) *Eod.*, III, 176 et suiv.

vient à se réaliser. Dans l'hypothèse contraire la première obligation conserve toute sa force ; car la stipulation et sa formule n'ont en réalité d'existence juridique que du jour où la condition s'est accomplie. Cette solution peut sans doute être contraire à la volonté des parties ; mais ici encore le jurisconsulte ne recherche pas quelle a été cette volonté. Il s'en occupe ensuite, il est vrai, mais c'est uniquement après avoir constaté l'existence ou la non existence de la novation, et dans le but de paralyser les effets contraires à l'intention des parties qui auraient été produits par l'application rigoureuse du droit strict.

73. — En résumé, voici quelle est notre manière de voir sur le texte de Gaius dont nous venons de parler. Il nous paraît difficile d'admettre que les solutions données par ce jurisconsulte soient toutes fondées sur une présomption de la volonté des parties d'opérer novation. En supposant que cette présomption, quelque invraisemblable qu'elle puisse être dans certains cas, soit cependant admissible, nous dirions encore qu'elle n'a pas été admise par Gaius. En effet, dans tous les exemples qu'il nous donne, son attention semble se porter sur cette seule question : Y a-t-il oui ou non une stipulation valable et régulière renfermant un élément nouveau, dans laquelle on ait déduit l'objet d'une première dette ? Si ces conditions sont réunies il y a novation ; dans le cas contraire le premier débiteur reste obligé. Si donc les exemples de Gaius sont bien choisis, si l'exposition de sa théorie n'est pas inexacte et incomplète, nous sommes autorisé à dire qu'il n'y a pas lieu d'ajouter une autre condition à celles dont il parle, et que l'*animus novandi* reste étranger à cette théorie. Peut-on, en effet, admettre que dans un livre élémentaire il ait passé sous silence un des éléments essentiels de la novation !

74. — Ce silence, déjà significatif par lui-même, acquiert une nouvelle force probante quand on compare les Institutes de Gaius avec celles de Justinien, et avec les textes des jurisconsultes d'une époque intermédiaire. On rencontre très-souvent dans les écrits d'Ulpien la nécessité de l'intention des parties pour qu'il y ait

novation, ce que les jurisconsultes expriment par ces mots : *Hoc agitur, hoc actum est ut novetur* (174). Ulpien semble même s'attacher tout particulièrement à faire ressortir cette idée, d'après laquelle il ne peut y avoir novation sans l'intention des parties. Si nous passons aux Institutes de Justinien, nous voyons également que la question de l'*animus novandi* y tient une large place (175). Justinien nous renvoie sur ce point à l'une de ses Constitutions, qui forme au Code la loi 8, livre VIII, titre 42, *De novationibus*.

On pourrait prétendre, il est vrai, que certaines expressions de cette Constitution et du résumé qui en est fait aux Institutes, prouvent que l'*animus novandi* fut exigé à toute époque avant Justinien. *Sed quum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat..... Veteris juris ambiguitates resecantes.....* Ne semble-t il pas, dès lors, que l'*animus* était exigé par les anciens jurisconsultes, et que les divergences portaient sur cette question, les uns voyant cette intention là où d'autres ne la voyaient pas? Sans doute cette preuve serait acquise, s'il était démontré que Justinien, par ces expressions, a entendu parler des jurisconsultes de l'époque de Gaius; mais c'est là précisément la question à résoudre. Or, pour Justinien, Ulpien et les jurisconsultes de son temps pouvaient sans aucun doute être classés parmi les *veteres*.

Comment se fait-il, nous le répétons, que non-seulement Justinien qui avait à parler de l'*animus* pour apporter une réforme sur ce point, mais encore des jurisconsultes antérieurs comme Ulpien, aient fait ressortir avec tant d'instance la nécessité de l'intention de nover, et que Gaius, tout en l'exigeant comme eux, n'en ait pas fait mention? Est-il possible d'admettre qu'on parle de la novation, même en quelques mots, sans qu'il soit

(174) Ulpien, ll. 2, 8, §§ 1^{er}, 2, 3, 5, *h. tit.*

(175) *Inst.*, III, 29, § 3^a.

question de l'un des éléments les plus essentiels, qui serait, comme on l'a dit, l'âme de la novation. Voilà deux jurisconsultes : pour rechercher s'il y a ou non novation, l'un s'attache uniquement à la question de savoir si l'objet d'une première dette a été déduit dans une stipulation valable et régulière. Si ces conditions se trouvent réunies, il décide qu'il y a novation ; dans le cas contraire, il fait revivre le droit primitif que l'on avait voulu éteindre. L'autre, au contraire, ne se contente pas d'établir d'une manière générale et dans les termes les plus formels la nécessité de l'*aninus novandi* : *Dummodo sciamus novationem ita demum fieri, si hoc agatur ut novetur obligatio* (176) ; mais il semble encore s'appliquer à développer cette idée dans les textes qui suivent. Et cependant il faudrait admettre que pour l'un comme pour l'autre cette condition était également nécessaire !

75. — Il est donc permis de conclure que, dans la théorie de Gaius, la novation n'était pas subordonnée à la volonté des parties, et qu'il y avait une formule déterminée qui avait pour effet de l'opérer (177). Mais quelle était au juste la teneur de cette formule ? Nous ne trouvons pas sans doute de lois qui indiquent d'une manière expresse une formule destinée à opérer novation ; cependant plusieurs textes permettent de se faire une idée de la manière dont elle devait être conçue pour qu'on pût distinguer s'il y avait novation ou *adpromissio*, ou une seule dette contractée par plusieurs qui en étaient également tenus.

Si je stipule de Secundus ce que me doit Primus, je puis vouloir n'acquérir qu'une seule et même obligation et deux débiteurs qui en répondent. Pour cela, il faut tout d'abord que Primus et Secundus aient été interrogés tous deux, soit ensemble, soit séparément, et qu'ils aient répondu ensuite, soit ensemble, soit séparément (178). Si, au contraire, toutes les interrogations

(176) Ulpien, l. 2, *h. tit.*

(177) V. dans ce sens, Gide, *op. cit.*, pp. 157 et suiv. — V. aussi, Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 685.

(178) Pomponius, l. 4, *De duob. reis const.*, XLV, 2. — *Inst.*, III, 16, pr.

n'ont pas été faites avant toutes les réponses, il y aura deux obligations et il pourra y avoir novation ou *adpromissio*. Pour l'*adpromissio*, l'interrogation se faisait en ces termes : *Idem dari spondes? Idem fidepromittis? Idem fide tuâ esse jubes* (179)? Au contraire, pour la novation on stipulait : *Quod Primus mihi debet, id dare spondes* (180)? Quelque subtile que puisse paraître cette distinction, il n'y a pas lieu de s'en étonner dès qu'il s'agissait de déterminer la nature de l'opération par la composition même de la formule.

Si deux personnes stipulent du même débiteur, il peut y avoir corréalité active, et alors les deux créanciers font successivement leur interrogation, puis le débiteur répond : *Spondeo, utrique vestrum spondeo* (181). Si, au contraire, le débiteur répond au premier stipulant avant d'avoir été interrogé par le second, il y a deux créances distinctes, *alia atque alia erit obligatio*. L'*adstipulator* interrogeait ainsi le débiteur : *Idem dare spondes? Idem fide tuâ promittis? Idem fidejubes* (182)? Pour transporter sur sa tête par novation la créance existant au profit d'un autre, le stipulant, du consentement du premier créancier, interrogeait le débiteur en ces termes : *Quod tu Titio debes, id spondesne* (183)?

Si la *stipulatio debiti* intervenait entre les mêmes personnes, le créancier s'adressait au débiteur dans cette formule : *Quod tu mihi debes, id spondesne?* en ajoutant, par exemple, une

— On a prétendu, mais à tort selon nous, que l'intercalation des réponses entre les interrogations n'empêchait pas la création de l'obligation corréale. V. sur ce point, Accarias, *op. cit.* t. II, p. 312, n. 1. — Demangeat, *Des obligations solidaires en droit romain*, pp. 103 et suiv.

(179) Gaius, III, 116.

(180) Gaius, III, 176. — Ulpien, l. 8, § 4; Papinien, l. 27; Paul, l. 32, *h. tit.*

(181) *Inst.*, III, 16, pr.

(182) Gaius, III, 112.

(183) *Eod.*, II, 38.

condition. Toutefois, dans cette hypothèse, la stipulation étant conditionnelle, la novation elle-même était affectée de la même condition (184) Si, les parties restant toujours les mêmes, le changement consistait dans la cause de l'obligation, il est permis de penser que la novation résultait toujours d'une stipulation formulée en ces termes : *Quod ex illâ causâ tu mihi debes, id spondesne ?*

76. — Telle nous paraît être la véritable théorie de la novation romaine dans les Institutes de Gaius. Nous ne méconnaissons pas sans doute l'autorité des auteurs qui ont prétendu que l'intention de nover avait été de tout temps exigée en droit romain, comme elle l'est de nos jours. Mais nous le répétons, de ces deux hypothèses : Gaius considère-t-il *l'animus novandi* comme indispensable, de telle sorte qu'il peut le sous-entendre ? son silence ne prouve-t-il pas, au contraire, que pour lui ce n'était pas là une condition essentielle de la novation ? la dernière nous paraît la plus vraisemblable, soit parce qu'elle est conforme à l'esprit formaliste de la législation romaine à cette époque, soit parce qu'elle se concilie mieux avec les textes de ce jurisconsulte dont nous avons parlé, surtout quand on les compare avec ceux de Justinien et des jurisconsultes d'une époque moins reculée.

77. — On comprend facilement que nous ne retrouvions pas la même théorie dans les textes insérés au Digeste, puisque sous Justinien, et déjà au temps d'Ulpien, la novation ne pouvait s'opérer sans l'intention des parties. Cependant il n'est pas impossible d'y découvrir encore quelques traces de l'ancien système purement formaliste.

N'est-ce pas ce que suppose la loi 24, pr., *De pecunia constitutâ*, livre XIII, titre 5 ? Un tuteur a fait un écrit par lequel ils s'engagent à payer à un jour déterminé une somme due par ses pupilles. Ce tuteur va-t-il se trouver tenu au lieu de ces derniers ? Son obligation sera-t-elle substituée à l'obligation primitive ? En

(184) Gaius, III, 177 et 179.

présence de cette question, que ferait un jurisconsulte moderne? Il répondrait qu'il y a novation si la volonté des parties résulte clairement de l'acte, et Ulpien aurait dit : *Si modo id actum sit ut novetur*. Loin de rechercher quelle a pu être l'intention des parties, Marcellus se contente de trancher la difficulté en ces termes : Il y aura novation s'il y a eu *stipulatio debiti*. Qu'est-ce à dire ? sinon que la volonté des parties doit rester sans influence sur le résultat de l'opération ; qu'il n'y aura pas novation sans la formule, mais qu'il y aura, au contraire, toujours novation dès que la formule aura été prononcée.

78. — Lisez également la loi 5, *De transactionibus*, livre II, titre 15. Que nous dit Papinien ? Deux parties ont eu recours à la stipulation Aquilienne, qui était employée, comme nous l'avons vu, pour nover des droits litigieux. Les créances auxquelles les parties n'ont pas songé, conserveront leur état primitif, *in suo statu retinentur* ; en d'autres termes, elles n'auront pas été éteintes par la novation. Cette solution est aussi conforme à l'équité qu'à l'intention des parties, et il serait à peine besoin de l'indiquer d'une manière expresse dans un système qui regarderait l'*animus novandi* comme l'élément essentiel, l'âme de la novation. Il n'y avait pas intention de nover telle ou telle créance, et, dès lors, il ne pouvait y avoir novation. Il paraît cependant que cette solution n'avait pas dû être toujours admise ; car, s'il n'y a pas novation, c'est que, nous dit Papinien : *liberalitatem captiosam interpretatio prudentium fregit*. Une interprétation plus équitable est donc venue corriger les effets de la stipulation, et empêcher une libéralité qui aurait été le résultat d'une erreur. Cet effet se produisait donc autrefois, et se serait encore produit du temps de Papinien sans le progrès de la jurisprudence. Qu'est-ce à dire ? sinon qu'un tel résultat, contraire à l'équité et à l'intention des parties, devait être réalisé à l'origine, par cela seul qu'elles avaient fait usage de telle formule déterminée ?

79. — La volonté des parties devait jouer un rôle de plus en

plus important, à mesure que la stipulation se dépouillait de ses anciennes formes et perdait de sa force et de son énergie primitive. On comprend dès lors que la stipulation *novandi causâ* ne se distingue plus des autres stipulations par des formes spéciales, et qu'il soit nécessaire pour opérer novation que l'intention des parties vienne se joindre à la stipulation. Il est difficile d'assigner une date précise à l'apparition de cette nouvelle doctrine ; ce qui est certain, c'est qu'on la rencontre très-souvent dans les écrits d'Ulpien. Il faut l'intention des parties pour qu'il y ait novation, ce que les jurisconsultes expriment par ces mots : *Hoc agitur, hoc actum est ut novetur*. Ulpien pose cette règle d'une manière générale dans la loi 2, à notre titre, où, après avoir décidé que l'objet d'une première obligation peut toujours être déduit dans la stipulation, il ajoute : *Dummodo sciamus novationem ita demum fieri, si hoc agatur ut novetur obligatio : Cæterum, si non hoc agatur, duæ erunt obligationes*. Il est également fait mention de cette condition dans un certain nombre de textes de notre titre (185).

80. — Dans la loi 8, § 5, *De novationibus*, Ulpien fait une application de la règle générale qu'il vient de poser. Un tiers a promis une dot à un mari, qui stipule la même somme de sa femme à titre de dot. La dot sera-t-elle due deux fois ? Y aura-t-il deux débiteurs distincts ? La dot ne sera due qu'une fois, dit Ulpien, et il y aura novation si les parties l'ont voulu, de telle sorte que le tiers aura cessé d'être débiteur, et que la femme se trouvera obligée à sa place. Si, au contraire, les parties n'ont pas agi dans le but de nover, les deux promettants seront tenus ; mais le paiement fait par l'un entraînera la libération de l'autre.

Dans la loi 3, *De duobus reis*, livre XLV, titre 2, le même jurisconsulte nous montre encore clairement la substitution de la nouvelle théorie à l'ancienne, et le rôle important que l'intention

(185) Ulpien, l. 6, l. 8, §§ 1^{er}, 2, 3, 5, *h. tit.*

des parties était désormais appelée à jouer. Lorsqu'il s'agit de faire naître une obligation corréale, il n'y a pas à craindre de voir se produire les effets de la novation, *in duobus reis promittendi, frustrà timetur novatio* ; il y avait toujours corréalité et jamais novation. Mais pourquoi ? Est-ce parce que les parties n'ont pas employé la formule de la novation ? Non ; c'est parce que ce résultat est conforme à leur intention, *cùm hoc actum inter eos sit ut duo rei constituentur, neque ulla novatio fiet*. Pour savoir s'il y a novation, c'est donc l'intention des parties qu'il faut consulter, peu importe d'ailleurs comment les deux promesses aient été faites, *licet ante prior responderit, posterior etsi ex intervallo accipiatur, consequens est dicere pristinam obligationem durare, et sequentem accedere ; et parvi refert simul spondeant an separatim promittant*.

81. — Désormais donc, l'existence ou la non existence de la novation n'est plus une simple question de formule, et le juge devra examiner si, en stipulant l'objet d'une première dette, les parties ont entendu éteindre cette obligation pour la remplacer par une obligation nouvelle. C'est alors qu'il est vrai de dire que l'*animus novandi* est un élément essentiel de la novation. Il en résulte, d'une part, que la formule novatoire sera impuissante à l'opérer en présence de la manifestation d'une volonté contraire, et, d'autre part, que les effets de la novation devront se produire toutes les fois que ce résultat sera conforme à l'intention des parties, et qu'il y aura une *stipulatio debiti* régulière, alors même qu'elle ne serait pas de tous points conforme à la formule ancienne. La question de fait, l'intention des parties, prenait donc place à côté de la question de droit, et son importance devait aller toujours en augmentant au fur et à mesure que la stipulation se dépouillait de ses formes primitives.

82. — Il ne faut pas croire toutefois que la novation ait perdu tout caractère formaliste, et que la formule, toute puissante au temps de Gaius, ne conserve plus, à l'époque d'Ulpien, aucune influence sur les effets de la *stipulatio debiti*. Un changement aussi

radical ne s'opère pas du jour au lendemain et sans transition aucune. La novation est devenue volontaire ; il faut l'intention des parties ; voilà la doctrine nouvelle qui a passé dans la jurisprudence ; mais quand pourra-t-on dire que cette intention existe ?

Elle pourra sans doute être expresse ; mais elle pourra aussi n'être que tacite et s'induire de faits concluants que le juge devra apprécier. Parmi ces faits, n'était-il pas naturel de ranger en première ligne l'emploi de ces anciennes formules qui avaient autrefois par elles-mêmes la puissance d'opérer novation ? Ne pouvait-on pas présumer que les parties, en employant une de ces formules, avaient entendu lui donner par leur consentement la force qu'elle aurait eue autrefois indépendamment de toute intention de leur part ? Placés en face de la question de savoir s'il y avait ou non novation, les jurisconsultes avaient dû introduire des présomptions. *Si quis... aliquid fecerit ex quo veteris juris conditores introducebant novationes... Per hoc autem dubium erat quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc præsumptiones alii in aliis casibus introducebant...* (186) Ces présomptions ne liaient pas nécessairement le juge ; mais il devait sans doute s'y conformer dans la pratique, en l'absence d'une manifestation bien certaine de la volonté des parties. Il est probable qu'il y avait dans les écrits des *veteres* dont parle Justinien, des passages où il était question de ces présomptions ; mais ils n'ont pas dû nous parvenir par la raison que la Constitution 8 au Code, *De novationibus*, livre VIII, titre 42, vint mettre un terme aux controverses qui existaient autrefois sur le point de savoir s'il y avait ou non *animus novandi*. Quoi qu'il en soit, on peut voir par la Constitution de Justinien, que parmi ces présomptions figuraient les anciennes formules dont nous avons parlé, et qui opéraient autrefois novation malgré la volonté des parties.

Nous avons donc raison de dire que l'ancien formalisme était

(186) L. 8, C., *h. tit.* — *Inst.*, III, 29, § 3^a.

loin d'avoir complètement disparu, et que la formule, si elle n'était plus la cause efficiente de la novation, avait du moins encore assez de force pour faire présumer la volonté des parties. Et c'est là cet état transitoire dont nous parlions entre le jour où la novation était tout à fait indépendante de l'*animus* et celui où l'intention des parties devint tout à fait indépendante de la formule.

83. — Dans les textes insérés au Digeste nous trouvons plusieurs exemples de l'interprétation donnée à la volonté des parties dans telle hypothèse particulière.

Après avoir stipulé de Titius, j'ai stipulé de Primus ce que je ne pourrais obtenir de mon débiteur principal. Primus s'engagé ainsi à m'indemniser de la perte que pourrait me faire subir l'insolvabilité de Titius ; il y a *fidejussio indemnitis*. Le fidéjusseur peut donc être considéré comme tenu sous cette condition : s'il est impossible de me faire payer sur les biens de mon débiteur, Titius. Je n'aurai donc pas consommé mon droit en poursuivant le débiteur principal ; car, si je ne réussis pas à me faire payer, la condition viendra à s'accomplir, et le fidéjusseur commencera à être tenu. Peut-on dire alors qu'il y a novation, et que la dette ancienne, dans la limite de ce que je n'ai pu obtenir, sera remplacée par l'obligation du fidéjusseur ? Il n'y aura pas novation, nous dit Ulpien, *non fit novatio* (187). La raison en est que je n'ai pas eu l'intention de nover, *quia non hoc agitur ut novetur*, parce qu'en me procurant une sûreté contre l'insolvabilité de mon débiteur, je n'ai pas entendu éteindre ma créance primitive et les garanties qui en assuraient l'exécution.

Le défendeur était tenu, dans certains cas, de *satisdare*, notamment lorsqu'il s'agissait d'une action *in rem*, de telle sorte que, si ayant succombé, il ne restituait pas la chose et ne payait pas la *litis æstimatio*, le demandeur pouvait s'attaquer à

(187) L. 6, pr., *h. tit.*

lui ou à son fidéjusseur. La caution *judicatum solvi* comprenait trois engagements distincts, *de re judicatâ*, *de re defendendâ*, *de dolo malo*. La stipulation dont il s'agit, en tant qu'elle porte sur l'exécution du jugement, aura-t-elle l'effet de nover l'obligation résultant de la condamnation, et d'éteindre l'action *judicati*? Non; répond encore le jurisconsulte Celsus, et la forme de la stipulation suffisait sans doute autrefois pour justifier cette solution. Mais Ulpien (188), sans s'arrêter à cette idée, approuve l'opinion de Celsus en ces termes : *merito*, c'est-à-dire à juste titre, parce que telle est l'intention des parties, parce que le demandeur, en se ménageant un recours contre le fidéjusseur, n'a pas entendu pour cela renoncer au bénéfice de l'action *judicati*.

84. — L'application de la règle qui, dans chaque espèce, fait dépendre de la volonté des parties la question de savoir s'il y a ou non novation, avait dû donner lieu à de grandes difficultés par suite des différentes présomptions introduites par les jurisconsultes et qui ne nous sont pas parvenues. C'est à ces difficultés que Justinien voulut mettre un terme par la Constitution 8, au Code, *De novationibus*, qui se trouve résumée aux Institutes (189); et abolit les subtilités de l'ancienne jurisprudence en faisant disparaître les derniers débris du formalisme. *Novationum nocentia corrigentes volumina, et veteris juris ambiguitates resecantes, sancimus : si quis... vel aliquid fecerit ex quo veteris juris conditores introducebant novationes, nihil penitus prioris cautelæ innovari, sed anteriora stare, et posteriora incrementum illis accedere ; nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundum magis pro anterioribus elegerint. Et generaliter definimus voluntate solum esse, non lege novandum....*

Cette Constitution, en voulant mettre fin à toutes les difficultés,

(188) L. 8, § 3, *eod. tit.*

(189) Liv. III, 29, § 3^a.

en a cependant fait naître de nouvelles parmi les interprètes. Quel est, en effet, le véritable sens de cette Constitution, et en quoi consiste exactement la réforme qu'elle est venue introduire ?

A ne considérer que le texte même et si l'on s'attache strictement à la lettre de cette loi, voici, il faut bien le reconnaître, quelle aurait été l'innovation de Justinien. Autrefois la question de savoir si les parties avaient eu ou non l'intention de nover, était parfois fort embarrassante et devait susciter de nombreux procès. Justinien, dans le but d'y mettre un terme, décida que désormais la preuve de l'*animus novandi* ne pourrait résulter que de la déclaration expresse des parties. Notre Code civil (art. 1273) se contente d'exiger que l'intention de nover résulte clairement de l'acte. Justinien, au contraire, sans imposer aux parties des termes sacramentels, exige que cette intention soit exprimée dans l'acte : *et hoc expressum*. Voilà bien la nécessité de la déclaration dont nous parlions, et cette nécessité n'apparaît pas avec moins d'évidence si on lit le résumé de cette Constitution aux Institutes : *Tunc solum fieri novationem, quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt*.

On ajoute que déjà avant Justinien la novation ne se présumait pas, et que si tel était le sens de sa Constitution, elle n'apporterait aucune modification à ce qui existait déjà auparavant. Ne serait-ce pas d'ailleurs faire renaître toutes les difficultés que l'on a voulu éviter, en abandonnant ainsi aux lumières des juges la question de savoir s'il y a eu ou non *animus novandi*, malgré l'absence d'une déclaration formelle ? N'est-ce pas encore à ce changement que plusieurs textes font allusion quand ils disent : *Si id specialiter agit, actum est, si hoc facere specialiter expresserit* (190). Cette mention a été évidemment ajoutée après coup

(190) Julien, l. 58, *De verb. oblig.*, XLV, 1. — Paul, l. 29 ; Vénuléius, l. 31, § 1^{er}, *h. tit.*

par les rédacteurs du Digeste, afin de mettre les textes dont il s'agit en harmonie avec la législation nouvelle.

85. — Telle est la première interprétation qui a été donnée de cette Constitution et qui a été admise par la plupart des interprètes (191). C'est là une interprétation assurément séduisante, et qui paraît même devoir être seule admise, si l'on s'en tient à plusieurs des expressions employées dans cette Constitution et dans le passage des Institutes où elle se trouve résumée. Il est toutefois permis de se demander si Justinien a eu, en effet, pour but d'apporter un changement aussi radical dans la pratique de la jurisprudence. Tout en reconnaissant la valeur des arguments invoqués par les partisans de cette doctrine, nous inclinons, pour notre part, à admettre une autre interprétation, qui s'attache avant tout à l'esprit même de la Constitution.

Ce que Justinien a voulu, c'est, si nous ne nous trompons, dégager complètement l'intention des parties ; il a voulu en faire un élément de la novation, dont l'existence devrait être établie d'une manière non équivoque et conformément à la réalité des choses. Ce qu'il a voulu, ce n'est donc pas soumettre le consentement des parties à la nécessité d'une déclaration expresse, mais, au contraire, l'affranchir de toute forme. Ce qu'il a voulu, en un mot, c'est exiger une manifestation certaine de l'intention des parties, sans que cette intention puisse résulter de l'une ou de l'autre de ces présomptions variées qui avaient été admises par les jurisconsultes. Son but a été de faire disparaître ces anciennes présomptions pour ne plus tenir compte que d'une intention clairement manifestée. Telle est, croyons-nous, la

(191) V. notamment, Cujas, *ad l. 58, De verb. oblig.*, (t. I, col. 1236). — Doneau, *Comm. ad h. leg.*, t. XI, col. 1181. — Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, col. 694 et note 2. — Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, t. II, p. 435. — De Fresquet, *Traité élémentaire de droit romain*, t. II, p. 317. — V. aussi les auteurs indiqués par Van Wetter, *Cours élémentaire de droit romain*, t. I, p. 719, n. 21.

pensée de Justinien quand il dit que la volonté de nover doit désormais être exprimée. Il faut qu'elle soit exprimée, c'est-à-dire qu'elle doit être manifestée d'une manière certaine, et que le juge ne pourra plus la regarder comme existant, par cela seul que la *stipulatio debiti* aura été faite dans telle ou telle forme particulière. Dans de telles circonstances les parties n'auront plus à craindre la novation, alors même qu'elles ne l'auraient pas écartée par une déclaration expresse ; car le principe est que la novation n'existera qu'autant que l'intention de l'opérer résultera clairement de l'acte.

Les partisans du premier système s'attachent trop exclusivement à quelques expressions de la Constitution pour négliger toutes les autres. Il en est une, notamment, par laquelle Justinien semble avoir voulu résumer toute sa pensée et qui fait bien ressortir le but qu'il se proposait d'atteindre. *Et generaliter definimus voluntate solum, non lege novandum*. Voilà bien l'idée qui a présidé à la rédaction de cette loi : nécessité de l'existence certaine de la volonté des parties qui devient indépendante de toute présomption de la loi. Sans doute, déjà avant Justinien, la novation était fondée sur le consentement des parties ; mais, en l'absence d'une déclaration contraire de leur part, les jurisconsultes voulaient en trouver la preuve dans l'emploi d'une formule déterminée. Or, voilà ce qui a été aboli ; voilà le changement que l'auteur de la Constitution a voulu opérer ; mais il n'a pas entendu pour cela créer une espèce de formalisme nouveau, en exigeant une déclaration expresse des parties, et refuser au consentement tacite la même force qu'au consentement exprès. La Constitution ne paraît pas avoir établi, à ce point de vue, une règle différente de celle qui existait auparavant. Voilà comment on peut comprendre que l'on ait inséré au Digeste, sans les modifier, les nombreux textes qui disent qu'il y a novation, *cum hoc actum est ut novetur*.

On s'est prévalu, il est vrai, de plusieurs textes qui semblent interpolés, et dans lesquels Justinien a inséré des termes sem-

blables à ceux de sa Constitution, pour soutenir qu'il avait entendu par là modifier l'état de choses antérieur et déroger à la maxime : *Eadem vis est taciti atque expressi consensus*. Mais ne peut-on pas répondre : de deux choses l'une, ou bien il n'y a pas eu interpolation, et alors l'argument tombe de lui-même ; ou bien il y a eu interpolation, ce qui est probable ; mais alors nous trouvons, au contraire, dans cette interpolation, un argument en faveur de notre opinion. En effet, Justinien n'a pas dû manquer d'insérer dans ces différents textes tout ce qu'il fallait pour les mettre en harmonie avec sa Constitution, interprétée dans le sens qu'on veut lui donner. Or, dans les lois 29 et 31, § 1^{er}, nous trouvons simplement ces mots : *id specialiter agit, actum est*, et l'on n'aperçoit aucune trace de la nécessité d'une volonté exprimée, ce qui prouve que pour Justinien ces expressions : *id specialiter actum est, id expresserit*, n'ont pas un sens différent, c'est-à-dire qu'il faut le consentement spécial à l'effet de nover, mais non une forme spéciale pour cette intention (192).

SECTION II.

Effets.

86. — Nous venons d'étudier les conditions essentielles pour qu'il y ait novation ; il nous faut maintenant examiner les effets qu'elle est susceptible de produire.

Le but de la novation est de transformer une obligation préexistante en une obligation verbale, et, par conséquent, si toutes les conditions exigées ont été remplies, cette opération aura pour résultat d'éteindre un droit antérieur et de le remplacer

(192) V. dans ce sens, Gide, *op. cit.*, p. 179. — Salpius, *Novation*, §§ 42 à 44, cité par Gide, *loc. cit.*, note 1. — Maynz, *Cours de droit romain* (Bruxelles et Paris, 1870), t. II, p. 536. — Etienne, *Institutes de Justinien, traduites et expliquées*, t. II, p. 248. — Molitor, *Les obligations en droit romain*, t. III, pp. 268 et suiv. — Van Wetter, *Cours élémentaire de droit romain*, t. I^{er}, p. 719 et note 21.

par un droit nouveau, né de la stipulation. Ce sont ces deux effets qu'il nous faut maintenant étudier, en nous attachant tout particulièrement au premier.

Après nous avoir appris comment la novation s'opère, Gaius nous indique en ces termes quels effets elle produit : *Nova nascitur obligatio, et prima tollitur, translata in posteriorem* (193). Ulpien nous donne une idée générale de la novation et ajoute également : *Hoc est, quum ex præcedenti causâ ita nova constituitur, ut prior perimatur* (194). *Præterea novatione tollitur obligatio*, nous dit encore Justinien (195). Nous avons déjà eu l'occasion de constater l'analogie qui existe entre le paiement et la novation, en montrant que celle-ci, comme celui-là, s'applique à toute espèce d'obligations, du moins quand on l'envisage dans son effet extinctif (V. *suprà*, n^{os} 18 et suiv.) Nous apercevons ici un nouveau trait de ressemblance entre ces deux actes : la novation a pour effet d'éteindre la dette *ipso jure*, comme si elle avait été l'objet d'un paiement. *Tollitur obligatio*, telle est l'expression employée pour désigner l'effet extinctif de l'un et de l'autre (196). Cette comparaison est d'ailleurs indiquée d'une manière formelle par les jurisconsultes, et notamment par Vénuléius dans la loi 31, § 1^{er}, à notre titre : *Eô magis cùm eam stipulationem similem esse solutioni existimemus*.

Il se peut que l'action d'un créancier se trouve seulement paralysée par une exception accordée au débiteur. Bien qu'il n'y ait pas là à proprement parler une véritable extinction, on a coutume, dans un langage extensif, d'opposer à l'extinction *ipso jure* celle qui s'opère seulement *exceptionis ope*. La novation constitue un véritable mode d'extinction, *tollitur obligatio*. Il en résulte notamment que la dette se trouve définitivement éteinte,

(193) C. III, 176.

(194) L. 1, pr., *h. tit.*

(195) *Inst.*, III, 29, § 3.

(196) Gaius, III, 168 et 176. — *Inst.*, III, 29, pr. et § 3.

et que le débiteur ne sera pas tenu de faire insérer une exception dans la formule.

87. — La novation, avons-nous dit, éteint la première obligation *ipso jure*, comme le paiement. Ce n'est pas seulement l'obligation elle-même qui est éteinte ; la novation peut aussi faire disparaître les privilèges dont pouvait se prévaloir le premier créancier et les sûretés accessoires qui garantissaient l'exécution de l'obligation primitive.

Paul fait une application de cette règle dans la loi 29, à notre titre, au privilège de dot et de tutelle : *Perit privilegium dotis et tutelæ, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelæ actio novetur*.....

La femme et le mineur n'avaient d'abord qu'un simple privilège sur les biens du mari et du tuteur, c'est-à-dire le droit de se faire payer sur ces biens par préférence aux créanciers chirographaires, *privilegium quod inter personales actiones vertitur*.

Ces privilèges disparaissent quand la dot, ou ce qui faisait l'objet de l'*actio tutelæ*, a été déduit dans une stipulation *novandi causâ*. Quant à ces mots : *si id specialiter actum est*, peut-être ont-ils été ajoutés, comme nous l'avons déjà fait remarquer en parlant de la Constitution de Justinien au sujet de l'*animus novandi* (V. *suprà*, n° 85). Il ne faut pas croire toutefois que ce soit là une règle absolue, et que la novation ait nécessairement pour effet de faire disparaître, d'une manière générale, tous les privilèges dont pouvait se prévaloir le créancier. Les parties peuvent sans doute stipuler dans le but de faire tomber le privilège; mais elles peuvent aussi le maintenir pour garantir l'exécution de la nouvelle obligation. *Si modo quis non abjiciendi privilegii causâ stipulatus est* (196 bis). Nous trouvons une application de cette règle dans la loi 17, livre XLII, titre 5, où Ulpien nous dit que le privilège des frais funéraires peut encore être invoqué quand la dette a été déduite dans la stipulation.

(196 bis) Ulpien, l. 17, pr., *De reb. quot. jud.*, XLII, 5.

Il importe d'ailleurs d'établir entre les privilèges une distinction qui nous est signalée dans plusieurs textes. Les uns, en effet, sont attachés à la créance ; les autres à la personne du créancier. *Privilegia quædam causæ sunt, quædam personæ* (197). On comprend que les premiers puissent passer avec la créance sur la tête d'une autre personne. Les autres, au contraire, doivent disparaître avec la personne à laquelle ils étaient attachés, toutes les fois que la novation s'opère par changement de créancier. *Ubi personæ conditio locum facit beneficio, ibi, deficiente eâ, beneficium quoque deficiat* (197 bis).

88. — La novation fait disparaître les accessoires de la créance, et spécialement les sûretés qui avaient pu être établies pour en garantir le recouvrement, comme le gage et l'hypothèque. *Novatione legitime factâ, liberantur hypothecæ et pignus* (198). Ce n'était point là d'ailleurs une conséquence inévitable de la novation, bien que ce fût un mode d'extinction *ipso jure*, et il est à remarquer que les parties pouvaient réserver le droit de gage ou d'hypothèque pour garantir l'obligation nouvelle. *Novata autem debiti obligatio pignus perimit, nisi convenit ut pignus repetatur* (199).

La novation entraîne donc l'extinction du *pignus*, à moins que les parties n'aient entendu le conserver. Si, en effet, l'hypothèque disparaît, en principe, c'est que la novation est semblable au paiement, et que le créancier peut être considéré comme satisfait ; mais ce dernier pouvait aussi ne pas juger suffisante la nouvelle obligation en elle-même, et ne la tenir pour l'équivalent de la dette ancienne qu'à la condition d'en garantir

(197) Modestin, l. 196 ; Paul, l. 68, *De reg. jur.*, L, 17.

(197 bis) Paul, l. 68, *loc. cit.* — Papinien, l. 42, *De adm. et pericul. tut.*, XXVI, 7.

(198) Paul, l. 18, *h. tit.* — Ulpien, l. 11, § 1^{er}, *De pignorat., act. vel contrâ*, XIII, 7. — L. un. C., *Etiam ob chirographa.*, VIII, 27.

(199) Ulpien, *loc. cit.* — Scævola, l. 21, pr., *Qui pot. in pignore*, XX, 4. — L. un. C., *Etiam ob chirographa.*, VIII, 27.

l'exécution par les sûretés réelles qui accompagnaient la première créance.

Le créancier trouvait un avantage considérable dans la faculté de paralyser ainsi les effets de la novation. Il y avait bien moins création d'un droit nouveau que renouvellement d'une hypothèque préexistante qui se trouvait transportée sur la nouvelle créance et qui conservait sa date primitive. *Creditor acceptis pignoribus quæ secundâ conventionē secundus creditor accepit, novatione postea factâ, pignora prioribus addidit : superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tanquam in suum locum succedenti* (200).

L'hypothèque réservée conservera donc son rang et continuera à primer les hypothèques postérieures, alors même qu'elles seraient nées avant que la novation ait eu lieu et que l'obligation garantie ait commencé à exister. Il ne faut pas toutefois exagérer cette idée et il est nécessaire d'apporter à cette solution un tempérament, réclamé par l'équité elle-même. Supposons, par exemple, que le débiteur ait deux créanciers, Primus et Secundus, auxquels il ait successivement constitué hypothèque sur le même bien. Supposons que la première créance de Primus soit de 100, et celle de Secundus de 50 seulement. Si, postérieurement, Primus fait novation et devient créancier pour une somme de 150, en se réservant l'hypothèque qui garantissait son droit primitif, cette nouvelle créance sera sans doute garantie par la même hypothèque et au même rang que l'ancienne ; mais cela n'est vrai que jusqu'à concurrence de ce qui était dû primitivement. Le créancier qui a fait novation ne pourra donc retenir sur le prix de la vente de la chose hypothéquée que la somme de 100 représentant l'ancienne créance. Il devra, au contraire, rendre compte de tout ce qu'il aura reçu en plus au second créancier, qui n'aura pas fait usage du *jus offerendi* (201). S'il en était

(200) Papinien, l. 3, pr., *Qui pot. in pignore*, XX, 4.

(201) Marcien, l. 12, § 5, *eod. tit.*

autrement, l'équité se trouverait évidemment blessée, puisqu'il dépendrait d'un débiteur de mauvaise foi d'accord avec un créancier complaisant, d'anéantir le droit des créanciers postérieurs par des augmentations successives de la première obligation.

89. — Nous venons de voir qu'un pacte fait *in continenti* pouvait maintenir l'hypothèque comme garantie de la nouvelle créance. Mais ce pacte exige-t-il le consentement du propriétaire des biens grevés, lorsque la promesse *novandi causâ* n'émane pas de ce propriétaire lui même ?

Pour soutenir que la réserve des hypothèques exige ce consentement, on (202) a invoqué, il est vrai, un texte de Paul (203) ; mais ce texte ne nous semble pas résoudre la question qui nous occupe en ce moment. Le jurisconsulte suppose, en effet, que la novation a eu lieu sans aucune réserve, de telle sorte que le créancier est présumé avoir renoncé d'une manière générale à son ancienne créance et à tous ses accessoires. *Ita ut a primâ obligatione in universum discederetur*. Les parties pourront-elles ensuite revenir sur leur décision, et prétendre, par une convention postérieure, faire revivre l'hypothèque qui grevait les biens de l'ancien débiteur ? Non, répond le jurisconsulte ; et, en effet, l'hypothèque a disparu avec la dette qu'elle était destinée à garantir ; le créancier a considéré comme lui tenant lieu de paiement l'engagement pris par le second débiteur, sans faire aucune réserve au sujet des sûretés antérieures. Il ne lui est pas interdit sans doute de se faire donner une hypothèque sur les mêmes biens pour assurer l'exécution de la seconde obligation ; mais encore faut-il l'adhésion du propriétaire de ces biens.

Faut-il toutefois conclure de cette loi que les parties auraient pu se dispenser d'obtenir le consentement du propriétaire, si elles avaient réservé l'hypothèque par un pacte fait *in continenti* ?

(202) Pothier, *Traité des obligations*, n° 599.

(203) L. 30, *h. tit.* — V. Poth., *op. et loc. cit.*

Nous ne le pensons pas, et nous croyons, au contraire, que la novation doit avoir pour effet de dégrever les biens hypothéqués, à moins que le propriétaire ne consente à ce qu'ils restent affectés à la garantie de la nouvelle obligation. On comprend que, par suite de la grande utilité que présentait le maintien de l'hypothèque à son rang primitif, on ait permis aux parties de faire prévaloir leur volonté sur les effets que devait produire un mode d'extinction *ipso jure* comme la novation ; mais ce qui nous paraît plus difficile à admettre, c'est que les jurisconsultes romains aient autorisé une pareille convention en l'absence du consentement de celui-là même dont le bien aurait dû être dégrevé (204). Un propriétaire ne doit pas être exposé à subir les conséquences d'un acte auquel il n'a pas participé. Il en est surtout ainsi quand l'hypothèque a été constituée par un tiers et que la novation s'opère par changement de débiteur. Les conditions de solvabilité de la personne obligée peuvent se trouver complètement modifiées, de telle sorte qu'il serait permis aux contractants, même par une collusion, d'empirer la position du tiers propriétaire.

Notre manière de voir sur cette question semble bien confirmée par une Constitution de Gordien qui forme au Code la loi unique livre VIII, titre 27, *Etiam ob chirographariam* :

Pignus intercidit, si novatione factâ in alium jus obligationis transtulisti, nec ut ea res pignoris nomine teneretur tibi cautum est. Quod si pactum inter te eumque, qui postea dominus fundi constitutus, novam obligationem suscepit, intercessit, ut idem fundus tibi pignoris nomine teneretur, quamvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem.

On pourra peut-être objecter que si, dans l'espèce, le nouveau

(204) V. dans ce sens, Poth., *op. et loc. cit.* — Demangeat, *Obligations solidaires*, p. 49. — Gide, *op. cit.* p. 267. — Cpr. Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 696, note 1.

débiteur qui consent au maintien de l'hypothèque était devenu propriétaire des biens hypothéqués, il n'en résulte pas qu'en l'absence de cette circonstance, l'empereur aurait annulé le pacte. Nous croyons, au contraire, qu'il est permis de voir dans ce texte quelque chose de plus que la simple constatation d'un fait, et que si le pacte était maintenu, c'est que dans le cas particulier, comme l'indique la Constitution, le nouveau débiteur était devenu propriétaire de la chose grevée.

90. — La novation ne fait pas seulement disparaître les sûretés réelles destinées à garantir la créance, mais elle entraîne encore libération des débiteurs accessoires.

Novatione legitime perfectâ debiti in alium translati, prioris contractus fidejussores, vel mandatores liberatos esse non ambigitur (205).

Rien ne les empêche d'ailleurs de renouveler leur promesse et d'accéder à la nouvelle obligation. *Si modo in sequenti se non obligaverunt* (206). Mais la caution ne saurait être tenue de la seconde dette en l'absence de tout consentement de sa part, quelles que soient les réserves qui aient été faites par le créancier au moment de la novation.

91. — La novation faite par l'un des *correi promittendi* aura également pour effet de libérer tous les autres. La corréalité implique, en effet, unité d'objet, *una res vertitur*, et à ce point de vue on peut dire que, quel que soit le nombre des contractants, il ne se forme jamais plus d'une obligation. Il en résulte que l'obligation corréale est susceptible de s'éteindre d'une manière absolue par le fait d'un seul des *correi*, et spécialement que le paiement dissout tous les liens qu'elle avait fait naître (207). Or,

(205) L. 4. C., *De fidej. et mandat.*, VIII, 41. — Scævola, l. 60, Dig. *eod. tit.*, XLVI, 1.

(206) L. 4. C., *eod. tit.*

(207) Ulpien, l. 3, § 1^{er}, *De duob. reis constitu.*, XLV, 2. — *Inst.*, III, 16, § 1^{er}.

ce qui est vrai du paiement doit l'être aussi de la novation que les Romains ont l'habitude de comparer au paiement pour en déterminer les effets. Il faut donc admettre sans difficulté que la novation faite, même avec un seul des *rei promittendi*, éteint complètement l'obligation primitive (208).

Si pro uno intercessit mulier, adversus utrumque restituitur actio creditori (209).

Une femme s'est portée *expromissor* pour un seul *correus* : le créancier pourra se faire restituer son action contre tous les débiteurs ; ce qui implique clairement que la novation résultant de la promesse de la femme les avait tous libérés.

92. — Si l'obligation novée avait été contractée *sub pœnâ*, la peine qui n'était pas encourue au jour de la novation ne pourra plus l'être désormais. Supposons, par exemple, que j'ai stipulé de vous une certaine somme pour le cas où vous n'auriez pas exécuté votre obligation au jour fixé. Cette dette fait ensuite l'objet d'une novation. La clause pénale ne sera pas encourue et je ne pourrai réclamer de vous la somme stipulée à titre de peine, quand bien même l'obligation ne serait pas exécutée au terme fixé ; car elle a disparu avec la dette à laquelle elle était attachée et la condition sous laquelle elle était due se trouve défaillie, comme elle le serait par l'effet d'un paiement. *Si creditor pœnam stipulatus fuerat, si ad diem pecunia soluta non esset : novatione factâ, non committitur stipulatio* (210).

93. — Parmi les accessoires d'une dette, nous pouvons ranger également les intérêts. Le jurisconsulte Paul les place, en effet, à côté du gage et de l'hypothèque, dans la loi 18, à notre titre, où il nous dit : *Novatione legitime factâ, usuræ non currunt*.

(208) La novation faite par l'un des *rei stipulandi* a-t-elle également pour effet de détruire le droit de tous les créanciers ? Nous examinerons cette question lorsque nous parlerons de la capacité requise en matière de novation. V. *infra*, nos 116 et suiv.

(209) Africain, l. 20, *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1.

(210) Julien, l. 15, *h. tit.*

La novation régulièrement faite, en même temps qu'elle éteint les gages et les hypothèques, arrête donc aussi le cours des intérêts.

Nous trouvons une application de cette doctrine dans la loi 27, au même titre. *Emptor, cum delegante venditore pecuniam ita promittit : quidquid ex vendito dare facere oportet, novatione secutâ, usuras neutri post insecuti temporis debet.*

Papinien suppose qu'un acheteur doit les intérêts de son prix et promet à un tiers sur la délégation du vendeur. La dette primitive a été novée et l'acheteur ne sera plus tenu des intérêts, ni envers le vendeur déléguant, car les intérêts n'étaient que l'accessoire de la créance et ont dû disparaître avec elle; ni envers le tiers délégataire, car le jurisconsulte ne suppose pas que les intérêts ont été stipulés avec le capital : l'acheteur a promis tout ce qu'il devait au jour même de la promesse, *quidquid dare facere oportet*, et un tel engagement ne peut s'entendre que de ce qui est dû actuellement. Le délégataire pourra, sans doute, rendre sa créance productive d'intérêts ; mais il devra alors stipuler la dette accessoire à côté de la dette principale, l'obligation future à côté de l'obligation présente, *quidquid dare facere oportet vel oportebit, præsens in diemve* (211).

94. — Voilà pour les intérêts à échoir ; mais Papinien, dans la loi 27, ne nous parle pas des intérêts déjà échus et qui n'auraient pas été payés. C'est là une dette actuellement existante ; mais on peut se demander à qui elle sera due, au vendeur déléguant, ou au tiers délégataire. Lorsque les parties ont employé une formule générale, comme celle qui est indiquée dans la loi 27, *Quidquid ex vendito dare facere oportet*, il est naturel de penser qu'elles ont entendu donner au délégataire le droit d'exiger tout ce qui pourrait être réclamé par le vendeur, et, par conséquent, les intérêts échus aussi bien que le capital lui-

(211) Paul, l. 76, § 1^{er} ; l. 125, *De verb. oblig.*, XLV, 1.

même. Si, au contraire, la promesse n'a eu pour objet qu'une somme déterminée, stipulée comme prix de vente, c'est qu'alors les parties n'auront voulu faire qu'une novation partielle, et cette novation n'atteindra pas les intérêts échus qui resteront dus au vendeur. *Id enim quod non transfertur in causam novationis, jure pristino peti potest* (212).

95.—Si le débiteur était en demeure, quelle sera, à ce point de vue, l'influence de la stipulation pure et simple faite *novandi causâ*? La demeure va-t-elle subsister? Sera-t-elle, au contraire, purgée, et ses effets seront-ils effacés pour le passé et paralysés pour l'avenir?

La novation a pour but et pour résultat d'éteindre la première obligation; il en résulte que la demeure doit être purgée au moins pour l'avenir. Le créancier ne peut plus dire au débiteur qu'il est dans un retard fautif en ce qui concerne l'obligation à exécuter; car il n'y a plus d'obligation, donc plus d'exécution, ni, par conséquent, de retard dans l'exécution. Remarquons d'ailleurs que, selon le langage des jurisconsultes romains, la demeure appartient plus au fait qu'au droit, *cùm sit magis facti quam juris* (213), et l'on comprend qu'elle ait pu être détruite par la volonté du créancier d'en faire la remise. Or, lorsqu'il a stipulé *novandi causâ*, on peut penser qu'il a entendu renoncer au bénéfice d'une mesure, qui supposait chez lui l'intention d'exiger un paiement immédiat.

Novatione legitime factâ, usuræ non currunt, nous dit Paul (214); ce qui signifie évidemment que les intérêts cessent de courir. On pourrait dire, sans doute, qu'il ne parle que des intérêts conventionnels; mais encore peut-on faire remarquer qu'il n'établit aucune distinction entre les intérêts moratoires et les intérêts conventionnels.

(212) Papinien, l. 4, § 1^{er}, *De usuris et fructibus*, XXII, 1.

(213) Marcien, l. 32, pr., *De usuris et fructibus*, XXII, 1.

(214) L. 18, *h. tit.* — V. aussi Papinien, l. 27, *h. tit.*

96. — *Si Stichum dari stipulatus fuerim, et cum in moram promissor esset quominus daret, rursus eundem stipulatus fuero: desinit periculum ad promissorem pertinere, quasi morâ purgatâ* (215).

J'ai stipulé de vous l'esclave Stichus et, lorsque vous étiez en demeure, j'ai stipulé de nouveau le même esclave; vous cessez d'être tenu des risques et la demeure est considérée comme purgée. Que cette stipulation ait été ou non valable à l'effet d'opérer novation; qu'il y ait eu ou non existence d'un élément nouveau, *aliquid novi*, cela importe peu. Il est toujours vrai que la stipulation, alors même qu'elle est impuissante à produire aucun résultat juridique au point de vue de la novation, n'en produit pas moins un résultat de fait, la cessation de la demeure. Si, dans cette hypothèse, la purge de la demeure ne peut se justifier par l'effet extinctif de la stipulation, elle peut, comme dans le cas où la novation a eu lieu, s'expliquer par la renonciation du créancier, et le débiteur est toujours admis à l'invoquer comme une main-levée de sa mise en demeure.

Nous trouvons encore une application de cette idée dans un autre texte d'Ulpien (216). Si j'ai stipulé d'un voleur: *Quod ex causâ condictiois dare facere oportet*, la stipulation sera valable; mais il en est autrement si je stipule la dation d'un esclave volé, car on ne peut valablement stipuler sa propre chose, et, dès lors, il n'y a pas novation, puisqu'il n'y a pas de stipulation valable. *Si vero hominem dari stipulatus fuero, nullius momenti esse stipulationem*. Cependant, en faisant cette stipulation, j'ai voulu renoncer à me prévaloir de la demeure du débiteur, et voilà pourquoi le voleur ne sera pas tenu de la *condictio*, quand l'esclave meurt après la stipulation sans qu'il y ait eu nouvelle demeure. *At si decessisse propona-*

(215) Ulpien, l. 8, pr., *h. tit.*

(216) *Eod.*, l. 29, § 1^{er}, *De verb. oblig.*, XLV, 1.

tur servus, in eâ conditione est ut evanescat condictio propter stipulationem. Ce débiteur est sans doute peu digne de faveur; mais néanmoins la stipulation, qui ne suffit pas pour opérer novation, contient de ma part une renonciation suffisante à invoquer les effets de la demeure.

Nous trouvons la même solution dans un texte de Papien (217). La *condictio* ne peut plus être intentée quand le voleur offre la chose, et il en est de même quand la chose volée a été déduite dans une stipulation. Peu importe d'ailleurs que cette chose ait été ou non présente, qu'elle ait pu ou non être offerte au jour de la stipulation : dans tous les cas il y a renonciation du créancier à se prévaloir des effets de la demeure. *Nec me movet præsens homo fuerit necne, cùm mora quæ eveniebat ex furto, veluti quâdam delegatione finiatur.*

97. — Voilà pour l'avenir; mais faut-il encore donner la même solution pour les effets déjà accomplis, pour les droits ouverts au profit du créancier? Seront-ils effacés pour le passé, comme ils sont paralysés pour l'avenir? Le créancier peut-il encore exiger la prestation dont le débiteur était tenu en vertu de la demeure?

Il faut remarquer que ces effets ne sont que des accessoires de la première obligation, qui doivent dès lors disparaître avec le principal lui-même. C'est l'application de la règle : *Accessorium sequitur principale* (218). L'action du créancier se trouve d'ailleurs éteinte par la novation, et il ne peut plus réclamer la prestation due en vertu de la demeure. C'est ce que suppose la loi 49, § 1^{er}, *De actionibus empti et venditi*. Les intérêts d'un prix de vente étaient dus en vertu de la demeure. Le capital seul fait ensuite l'objet d'un paiement, et cela suffit pour que les intérêts ne puissent plus être réclamés. La créance du prix se

(217) L. 17, *De condict. furt.*, XIII, 1.

(218) Paul, l. 129, § 1^{er}; l. 178, *De regulis juris*, L, 17.

trouve éteinte par le paiement et il n'y a plus d'action pour obtenir ensuite le paiement des intérêts. On arriverait au même résultat, si le créancier, au lieu de toucher le prix de vente, se trouvait privé de son action par l'effet extinctif de la stipulation *novandi causâ*.

L'acheteur restera-t-il au moins tenu d'une obligation naturelle ? On serait tenté de répondre affirmativement à cette question ; car il est conforme à l'équité que l'on paye ce que l'on doit, alors même que la partie adverse n'aurait pas d'action pour exiger le paiement. Cependant il faut décider qu'il n'y aura pas même une obligation naturelle ; car le vendeur a entendu éteindre sa créance primitive et a renoncé par là à tous les droits qui en étaient la conséquence et l'accessoire (V. toutefois *infra*, n^{os} 98, 99). Et voilà bien pourquoi nous pensons également qu'il ne pourrait plus se prévaloir des effets de la demeure, lorsqu'il a stipulé *novandi causâ*, alors même que cette stipulation serait impuissante à opérer novation ; car par là il a suffisamment manifesté son intention de renoncer à des droits qui auraient été éteints par suite de la novation, si elle avait pu produire ses effets.

On peut donc dire que la novation a pour résultat de faire disparaître les effets de la demeure pour le passé. Remarquons toutefois que cette règle, si elle est vraie en principe, pourra recevoir souvent des exceptions. Le créancier peut sans doute renoncer aux droits qui lui sont acquis en vertu de la demeure ; mais il peut aussi se les réserver, soit expressément en indiquant les prestations auxquelles il ne veut pas renoncer, soit tacitement en indiquant dans quelle mesure il entend faire novation, ce qui impliquera l'intention de conserver tous les droits non déduits dans la stipulation. C'est ce que suppose Papinien dans la loi 4, § 1^{er}, *De usuris et fructibus*, XXII, 1. L'acheteur qui stipule *novandi causâ* pourra obtenir les accessoires de l'objet vendu par l'action née du contrat de vente, s'il a entendu se les réserver et ne comprendre dans la seconde obligation que l'objet

principal de la vente. *Quod ex stipulatu consequi non poterit, judicio empti consequitur. Id enim quod non transfertur in causam novationis, jure pristino peti potest.*

Le créancier, au lieu de se réserver expressément ou tacitement le droit de réclamer les intérêts échus par l'action du premier contrat, pourrait également les comprendre dans la nouvelle obligation, et stipuler : *quidquid dare facere oportet*. Il y aurait alors déduction dans la stipulation de tous ses droits, des accessoires aussi bien que du principal lui-même.

Nous examinerons, en parlant de l'élément nouveau que doit contenir la seconde obligation, quel est sur la demeure, soit pour le passé, soit pour l'avenir, l'effet d'une stipulation conditionnelle faite dans le but d'opérer novation (V. *infra*, n° 150 et suiv.).

Tels sont les principaux effets qui résultent, ou plus exactement qui peuvent résulter de la novation. Les développements qui précèdent montrent suffisamment que ce serait tomber dans une grave erreur que de se représenter la novation comme opérant la destruction complète d'une dette préexistante. La *stipulatio debiti novandi causâ*, comme nous l'avons plusieurs fois fait remarquer, a bien plutôt pour effet de transformer une obligation que de l'anéantir complètement. Les parties peuvent sans doute faire subir des modifications importantes à la dette primitive ; mais elles peuvent aussi la déduire dans la stipulation telle qu'elle existait auparavant, avec les privilèges qui y étaient attachés et les sûretés qui en garantissaient l'exécution. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point, quand nous parlerons de la délégation et que nous étudierons la novation employée comme moyen de transporter les créances. On peut donc dire que la novation tient le milieu entre le contrat *litteris* et la *litis contestatio*. La *transcriptio*, nous le verrons (V. *infra*, n° 235), avait pour effet d'éteindre une première obligation et de créer une obligation complètement nouvelle. La *litis contestatio* rend le *procurator*, *dominus litis*, et opère le transport sur sa tête du droit en litige ; la créance est transportée avec ses qua-

lités et ses vices. La novation, disons-nous, tient le milieu entre les deux. Elle peut, comme le contrat *litteris*, donner naissance à une obligation complètement nouvelle ; mais elle peut aussi transformer simplement la première dette, lorsque les parties ont entendu déduire la créance dans la stipulation telle qu'elle existait auparavant.

Nous n'avons pas parlé d'une question importante : celle de savoir si le débiteur peut encore, après la novation, opposer au stipulant les exceptions dont il pouvait se prévaloir pour repousser la première action. Nous nous réservons d'étudier cette question d'une manière toute particulière à propos de la délégation (V. *infra*, n^{os} 212 et suiv., 220).

98. — Nous venons de voir que la novation a pour effet d'éteindre la première obligation et de faire disparaître, au moins dans certains cas, les différents accessoires réels ou personnels qui pouvaient en garantir l'exécution. Ce résultat est conforme aux principes du droit civil : la novation est un acte solennel, régi par les lois du formalisme ; la formule qui a eu la puissance de créer une obligation, a eu en même temps la puissance d'éteindre l'obligation ancienne. Ce résultat est également conforme au droit naturel et à l'équité. Au lieu de réaliser immédiatement tout le bénéfice qu'il pouvait retirer de son droit, le créancier s'est contenté de recevoir une nouvelle obligation. Sans doute, cette nouvelle obligation peut n'être pas aussi avantageuse pour lui que l'obligation ancienne ; mais qu'importe ? Il a renoncé volontairement à sa créance primitive ; il s'est contenté d'une obligation plus ou moins efficace, et s'est tenu pour satisfait. *Videtur ei satisfactum, si, ut ipse voluit, sibi cavit* (219). Il faut donc reconnaître que la dette qui a été novée n'est pas seulement éteinte en droit civil, mais qu'elle ne persiste pas même à l'état de dette purement naturelle.

Telle est du moins la règle générale ; mais il ne faudrait pas

(219) Ulpien, l. 9, § 3, *De pignorat., act.*, XIII, 7.

cependant la présenter comme un principe absolu qui ne serait susceptible de recevoir aucune exception.

Nous verrons plus loin (V. *infra*, n° 252) que la *litis contestatio* laisse au contraire subsister une dette naturelle. Nous faisons ici cette remarque ; car on pourrait être tenté d'établir sur ce point une différence complète entre la novation et la *litis contestatio*. Cette dernière serait un mode d'extinction simplement civil, tandis que la novation serait un mode d'extinction à la fois civil et naturel. Cette différence, pourrait-on dire, se comprend facilement. En effet, il y a dans la stipulation *novandi animo* un élément naturel qui manque dans le *judicium acceptum*, cet élément naturel, c'est la volonté.

Nous admettons sans doute que la *litis contestatio* est un mode d'extinction purement civil ; mais il nous paraît beaucoup trop absolu de décider que la dette novée ne subsistera jamais comme dette purement naturelle. La novation est un mode d'extinction solennel et civil des obligations. Souvent, comme nous l'avons dit, le droit strict sera en parfaite harmonie avec le droit naturel et l'équité, de sorte que la dette, éteinte au point de vue du droit strict, le sera également au point de vue du droit naturel. Mais, pour qu'il en soit ainsi, il ne suffit pas que le créancier ait voulu nover ; il ne suffit pas du simple consentement exigé par la loi civile pour la validité d'un contrat ; il le faut encore tel qu'il est exigé par l'équité et le droit naturel. Supposons, par exemple, que le créancier n'ait agi que sous l'empire des menaces et de la contrainte. Il a voulu stipuler sans doute, *coactus voluit*, et, d'après le droit strict, ce consentement suffit pour qu'il y ait novation. Mais l'équité proteste contre un tel résultat, et, aux yeux de la loi naturelle, le consentement est incomplet, ou plutôt il n'y a pas véritablement consentement. Dans ce cas et dans tous les cas semblables, la rigueur du droit strict exige que la créance soit novée ; mais l'équité et la loi naturelle veulent qu'elle subsiste comme créance naturelle. De même que la stipulation ne saurait obliger le

débiteur en droit naturel, qu'autant qu'elle est conforme à l'équité en même temps qu'au droit strict, de même ce n'est qu'à cette condition qu'elle doit priver le créancier de son droit primitif et opérer une extinction à la fois civile et naturelle.

99. — Un texte du jurisconsulte Scævola paraît cependant condamner cette doctrine :

Ubi cumque reus ita liberatur a creditore ut naturâ debitum maneat, teneri fidejussorem respondit. Cùm vero genere novationis transeat obligatio, fidejussorem aut jure, aut exceptione liberandum (220).

Il semble bien en résulter que la dette de la caution survit à celle du débiteur principal, toutes les fois que ce dernier reste tenu d'une obligation naturelle, et que la novation a toujours pour effet de libérer la caution, par conséquent, ne laisse pas subsister une obligation naturelle.

Remarquons tout d'abord que le jurisconsulte, loin de dire, dans la dernière partie de ce texte, que l'obligation a été novée, suppose que la dette a été transformée en une obligation nouvelle par un mode du genre de la novation, *genere novationis*. Nous verrons, en effet, que la *litis contestatio* et le contrat *litteris*, bien que n'opérant pas une véritable novation dans le sens romain, pouvaient cependant être rapprochés de la novation et regardés comme constituant des opérations du même genre. Ce qui prouve bien que c'est de ces différentes opérations, et pas seulement de la novation proprement dite, qu'il est question dans la partie de ce texte, c'est que la novation est un mode d'extinction du droit civil qui opère *ipso jure*. Or, le jurisconsulte nous dit que le fidéjusseur est libéré, *aut jure, aut exceptione*. On ne peut non plus supposer que Scævola ait compris la *litis contestatio* dans la première partie de cette loi ; car le fidéjusseur est libéré, bien que la dette subsiste comme obliga-

tion naturelle, et, par conséquent, il serait faux de dire que la caution reste tenue toutes les fois que la dette subsiste comme obligation naturelle.

M. Gide (221), auquel nous avons emprunté ces observations, conclut en ces termes : « En résumé, la loi 60 ne dit point, comme le veulent ces anciens interprètes : la novation libère toujours la caution *parce qu'elle* détruit toujours l'obligation naturelle. La loi 60 dit, au contraire : la novation et les actes analogues libèrent toujours la caution, *quoiqu'ils* ne détruisent pas toujours l'obligation naturelle. Ainsi, loin de conclure de ce texte que la novation anéantit toujours l'obligation naturelle, nous pourrions plutôt en induire qu'elle la laisse parfois subsister. »

Le savant professeur appuie également sa doctrine sur la loi 13, § 1, *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1 ; et la loi 22, § 2, *Solutio matrimonii*, XXIV, 3 (222). Il résulte de la première de ces lois que l'action hypothécaire survit à la novation d'une première dette par une femme contrairement au Sénatus-consulte Velléen. Dans la seconde, Ulpien nous apprend que la femme conserve son action dotale, malgré la novation, quand elle a été trompée, et a accepté pour nouveau débiteur une personne insolvable.

En résumé, nous dirons : La novation est un mode d'extinction solennel et civil, dont toute la puissance réside dans la formule. Sans doute, il arrivera souvent qu'à l'aide de cette formule le créancier se procurera un avantage équivalant au droit qu'il a perdu, ou acceptera volontairement et en connaissance de cause une obligation sans utilité pour lui. Mais il se peut aussi que le droit strict soit en opposition avec le droit naturel et l'équité, et dans ce cas la créance, éteinte en droit civil, doit subsister comme créance naturelle.

(221) *Op. cit.*, pp. 76 et 77.

(222) *Eod. op.*, pp. 77 et suiv.

100. — La *stipulatio debiti*, avons-nous dit, produit deux effets distincts et simultanés, un effet libératoire et un effet obligatoire. Nous venons d'étudier le premier de ces effets, le plus important, dont nous devons surtout nous occuper en parlant de la novation. Cette stipulation ne constitue pas, à proprement parler, la novation, mais seulement le moyen employé pour l'opérer. La novation est bien moins un acte juridique qu'un effet juridique, l'effet libératoire de la *stipulatio debiti*. Et voilà bien pourquoi les jurisconsultes romains ont rangé la novation parmi les modes d'extinction des obligations (223). Nous nous contenterons d'ajouter quelques mots sur l'autre effet de la *stipulatio debiti*, sur son effet obligatoire.

Nous avons vu qu'une stipulation régulière en la forme est suffisante pour opérer novation, quelle que soit d'ailleurs l'utilité qu'elle procure au créancier (V. *suprà*, n^{os} 37 et suiv.). Il en résulte notamment qu'elle pourra ne donner lieu qu'à une simple obligation naturelle. Mais elle peut aussi, et c'est ce qui arrivera le plus souvent, donner naissance à une obligation valable *jure civili*. La stipulation procure alors au créancier une nouvelle action qui variera avec la formule qui aura été employée pour opérer novation.

Nous avons dit que la stipulation pouvait être faite en termes généraux, et qu'elle pouvait aussi déterminer d'une manière spéciale l'objet de la première obligation (V. *suprà*, n^o 48). Si l'on a employé une formule générale, il y aura *stipulatio incerta*. L'objet de cette stipulation est le même que celui de la première obligation, qui n'a pas été spécialement rappelé. Il n'y a donc pas une promesse portant sur telle quantité, sur telle chose déterminée, mais simplement sur ce qui est dû, *quidquid dare facere oportet*, formule qui est également celle de l'*intentio incerta* (224). Le créancier aura contre le débiteur l'action *ex stipulatu*.

(223) Gaius, III, 176. — *Inst.*, III, 29, § 3.

(224) Gaius, IV, 41 et 54.

Il en serait ainsi, alors même que la première obligation porterait sur une chose déterminée. Cette obligation est en effet éteinte, et il ne peut plus y avoir de sanction que celle qui est attachée à la *stipulatio debiti*, selon la formule qui a été employée. C'est ce que nous fait remarquer Ulpien dans la loi 75, § 6, liv. XLV, t. 1^{er}, *De verb. obligationibus*. Il y a eu stipulation en ces termes : *Quod mihi Séius debet*, ou : *Quod ex testamento mihi debes, dare spondes?* De pareilles stipulations sont tenues pour incertaines, alors même que l'objet dû par Séius ou en vertu du testament serait un *certum*. Il y a indétermination, car on a stipulé simplement ce qui était dû sans spécifier ce qui était dû en réalité.

Cependant de telles stipulations, c'est Ulpien lui-même qui en fait l'observation dans cette loi, semblaient se confondre avec celles qui étaient ainsi conçues : *Vinum, oleum, triticum quod in horreo est, spondes?* Or, ces dernières stipulations étaient considérées comme certaines (225). C'est qu'il y a, en effet, une différence réelle entre ces deux espèces de stipulations. Quand vous m'avez promis le vin déposé dans tel grenier, il y a réellement détermination de l'objet dû, car il n'y a qu'une simple vérification à opérer en fait. Au contraire, quand je stipule de vous ce que me doit Séius, ou ce que vous me devez en vertu d'un testament, non-seulement l'objet n'est pas déterminé dans la formule, mais je n'ai pas non plus à ma disposition un moyen sûr et infaillible de le déterminer, comme dans l'hypothèse précédente. Le débiteur a pu être libéré de son obligation depuis le jour où elle a été contractée. Il a pu aussi donner un acompte et se libérer en partie. Il n'y a donc rien de déterminé dans la stipulation, puisqu'il peut y avoir contestation sur l'étendue et peut-être même sur l'existence de la dette.

Il est vrai également que le fidéjusseur contracte une obligation certaine par cela seul que l'obligation principale porte elle-

(225) Ulpien, l. 75, § 5, *De verb. oblig.*, XLV, 1.

même sur un objet déterminé (226) ; mais c'est là une conséquence de ce que l'obligation du fidéjusseur n'est qu'un accessoire qui doit avoir le même caractère que celui de l'obligation principale.

La stipulation, avons-nous dit, peut aussi être faite en termes spéciaux ; l'objet de la première obligation peut se trouver déterminé dans la formule. Il y a alors *stipulatio certa*, toutes les fois que la première obligation portait elle-même sur un objet certain, et le créancier aura contre le débiteur la *condictio*. Il est à remarquer, en effet, que les Institutes (227) nous présentent l'action née de la stipulation sous deux noms différents. On l'appelle spécialement *condictio* quand la stipulation est *certa*, et action *ex stipulatu* quand elle est *incerta*. Il ne faut pas croire toutefois qu'il y ait là deux actions qui diffèrent essentiellement dans leur nature. Si l'on envisage le contrat qui a donné naissance à l'action, elle peut dans tous les cas être appelée *actio ex stipulatu*. Si l'on se place au point de vue de la classification des actions, on peut dire que la stipulation est toujours sanctionnée par une *condictio*. Toutefois, il y aura *condictio incerti* quand la stipulation sera *incerta* ; on l'appelle alors plus particulièrement *actio ex stipulatu*. Ces deux *condictiones*, à côté de règles communes, seront régies par des règles spéciales dont nous ne pouvons nous occuper ici.

SECTION III

Capacité

101. — Nous venons de voir que la novation a cela de commun avec le paiement, qu'elle s'applique comme lui à toutes les

(226) Ulpien, l. 75, § 6, *eod. tit.*

(227) Liv. III, 15, pr. — V. aussi Ulpien, l. 24, Dig., *De rebus creditis*, XII, 1.

obligations pour les éteindre *ipso jure*, et que le créancier recevant quelque chose en échange de son droit n'en a pas fait un abandon gratuit. Mais la capacité des parties n'est cependant pas toujours la même pour le paiement et pour la novation. Pour résoudre cette question nous examinerons d'abord l'hypothèse où une personne promet dans le but de nover, et celle où elle stipule dans le même but. Dans chacune de ces hypothèses nous rechercherons quelles sont les personnes qui peuvent nover la créance qui leur appartient, et quelles sont celles qui peuvent nover une créance qui appartient à autrui. Recherchons d'abord quelles sont les personnes qui peuvent jouer le rôle de promettant dans le but de faire novation.

Cette question ne nous retiendra pas longtemps, et il nous suffira de rappeler ici deux règles que nous avons précédemment développées, à savoir : 1° que la forme est suffisante et qu'une stipulation régulière en la forme opère novation, alors même qu'elle serait inutile pour le créancier ; 2° que la forme est nécessaire et qu'une stipulation irrégulière en la forme ne peut opérer novation, alors même qu'elle serait utile pour le créancier. Il en résulte qu'il suffit, mais qu'il est nécessaire de pouvoir juridiquement prononcer les paroles de la stipulation pour être capable de jouer le rôle de promettant.

Telle est la capacité requise, nous ne disons pas pour donner naissance à une action, mais pour opérer novation et pour éteindre l'obligation antérieure. Sans doute, ces personnes peuvent être incapables de contracter une obligation civile ; mais tout ce qui résulte de cette incapacité, c'est que le créancier perdra son action sans en acquérir une autre. Il ne saurait se plaindre, car il était libre d'exiger un engagement plus efficace, ou d'amoindrir ses droits en acceptant pour nover l'obligation antérieure la promesse d'un incapable. Le pupille pourra donc nover en promettant *sine tutoris auctoritate* (228). Cette solu-

(228) Gaius, III, 176. — Ulpien, l. 1, § 1^{er}, *h. tit.*

tion n'est en rien contredite par la loi 20, § 1^{er}, à notre titre, qui décide que le pupille ne peut pas nover *sine tutoris auctoritate* ; car cette loi prévoit l'hypothèse où le pupille voudrait nover sa créance en stipulant, et nous verrons qu'il n'avait pas capacité à cet effet.

Le créancier doit consentir à la novation qui le dépouille de son droit ; mais il en est autrement du débiteur. Un tiers peut, sans son consentement et malgré lui, promettre à sa place et le libérer en substituant son obligation *animo novandi* à l'obligation primitive. *Liberat autem me is qui quod debeo promittit, etiamsi nolim* (229). Ce n'est là que l'application de la règle en matière de paiement : *Solvere pro ignorante et invito cuique licet* (230).

102. — Voyons maintenant quelles sont les personnes capables de jouer le rôle de stipulant dans le but d'opérer novation.

La règle en cette matière découle de la nature et des effets de la novation. Or Vénuléius, dans la loi 31, § 1^{er}, à notre titre, nous dit que la novation est semblable au paiement. *Eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus*. Il semble donc que l'on doive appliquer purement et simplement les règles du paiement, et décider que toute personne capable de recevoir le paiement d'une créance sera également capable de la nover. Tel est, en effet, le principe que nous trouvons brièvement énoncé dans la loi 10, à notre titre : *Cui recte solvitur, is etiam novare potest*.

Il ne faut pas toutefois donner à cette règle une portée trop absolue, et un autre texte de Paul (231) montre bien clairement que ce jurisconsulte lui-même ne prenait pas à la lettre sa propre formule. Quelle que soit, en effet, l'analogie qui existe entre le paiement et la novation, chacune de ces opérations produit des

(229) Ulpien, l. 8, § 5, *in fine, h. tit.*

(230) Gaius, l. 53, *De solut.*, XLVI, 3.

(231) L. 27. pr., Dig., *De pactis*, II, 14.

résultats pratiques fort différents. Le créancier qui reçoit le paiement de ce qui lui est dû, aliène sans doute son droit, comme celui qui en fait novation ; mais le premier se trouve complètement désintéressé par la réalisation d'un bénéfice immédiat et certain. Le second, au contraire, reste créancier après comme avant la novation ; son droit n'a été que transformé : au lieu de la dation effective de la chose due, il n'a reçu qu'une nouvelle promesse ; il n'a acquis qu'un nouveau droit de créance. Un tel changement pourra, suivant les circonstances, lui être avantageux ou nuisible. Il y a donc, à ce point de vue, une différence considérable entre ces deux actes, et il ne faut pas s'étonner, dès lors, que la capacité en matière de novation soit soumise à des règles plus restrictives qu'en matière de paiement.

Revenons au principe posé par le jurisconsulte Paul ; nous nous occuperons ensuite des exceptions qui doivent y être apportées.

103. — *Cui recte solvitur, is etiam novare potest.* Celui qui peut valablement recevoir un paiement peut également faire novation. Or, tout créancier et le créancier seul peut, en principe, recevoir le paiement ; donc tout créancier et le créancier seul pourra, en principe, faire novation. Examinons successivement ces deux propositions. Tout créancier, disons-nous, peut faire novation de sa propre créance. Cette règle reçoit cependant différentes exceptions que nous allons parcourir rapidement.

Le pupille *infans* (232), attendu qu'il est encore dépourvu de tout discernement, est considéré comme absolument incapable ; il est, par conséquent, incapable de faire une novation comme tout autre acte juridique (233). Nous en dirons autant de celui

(232) Primitivement la jurisprudence tenait le *proximus infantie* pour aussi absolument incapable que l'*infans* ; mais on admit de bonne heure qu'en ce qui concerne les actes juridiques, les actes licites, on ne ferait plus aucune différence entre les pupilles sortis de l'*infantia*. Gaius, C. III, 109. — *Inst.*, III, 19, § 10.

(233) Gaius, *loc. cit.*, et l. 1, § 13, *De obligat. et act.*, XLIV, 7. — *Inst.*, *loc. cit.*

qui est en état de démence, qui n'a pas conscience de ce qu'il fait, et ne peut dès lors figurer dans aucune opération juridique (234). Remarquons toutefois que, dans ces deux hypothèses, l'impossibilité de faire novation tient à l'absence de consentement, et non à l'incapacité. En d'autres termes, si le fou et l'*infans* ne peuvent faire aucun acte juridique, ce n'est pas parce que le législateur les a déclarés incapables, mais bien parce que les facultés qui font de l'homme un être moral supérieur à tout ce qui l'entoure, c'est-à-dire l'intelligence et la volonté, ont disparu chez l'un et ne sont pas encore développées chez l'autre. Il en résulte que le fou pourra novar la créance qui lui appartient, à la condition d'avoir l'usage de ses facultés au moment où l'acte intervient.

104. — La théorie romaine sur la capacité du pupille peut se résumer en ces quelques mots : Le pupille peut bien seul rendre sa condition meilleure ; mais il ne peut la rendre pire qu'avec l'*auctoritas* du tuteur (235). Il en résulte que, si un paiement a été fait à un pupille sans autorisation, il pourra bien acquérir la propriété de l'objet dû ; mais le débiteur ne sera pas libéré et restera exposé à de nouvelles poursuites ; car le pupille ne peut pas cesser d'être créancier ni consentir aucune aliénation sans l'*auctoritas* du tuteur. Toutefois, si la chose payée existe encore ou a tourné au profit du pupille, la nouvelle demande sera paralysée par l'exception de dol. Le débiteur peut bien subir une perte, si cela est nécessaire pour éviter un appauvrissement à l'incapable ; mais jamais ce dernier ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (236).

Le pupille étant incapable d'aliéner, la novation doit lui être interdite, puisqu'elle entraîne la perte d'un droit antérieur.

(234) Gaius, C. III, 106, et l. 1, § 12, *eod. tit.* — *Inst.*, III, 19, § 8.

(235) Gaius, II, 83. — *Inst.*, I, 21, pr.

(236) Gaius, II, 84. — Paul, l. 15, *De solut.*, XLVI, 3. — *Inst.*, II, 8, § 2.

Pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare (237). De plus, à la différence du paiement, qui procure au créancier un bénéfice certain et immédiat, la novation ne fait que substituer une créance à une autre et suppose un discernement dont le pupille n'est pas capable. La créance primitive subsiste donc ; mais il ne faut pas en conclure que la stipulation *novandi causâ* ne produira aucun effet. Le pupille deviendra également créancier en vertu de cette stipulation ; car il n'a pas besoin de l'autorisation du tuteur pour acquérir un droit de créance (238). Le débiteur sera ainsi tenu de deux obligations ; le pupille aura acquis un nouveau droit sans rien perdre de ses droits antérieurs. Cette solution est conforme à la règle d'après laquelle on doit, pour apprécier un acte complexe fait par le pupille, le ramener aux éléments simples dont il se compose, et le tenir pour valable en tant qu'il améliore sa condition, et pour nul en tant qu'il la rend plus mauvaise (239).

Est-ce à dire que le pupille pourra se prévaloir successivement de ses deux droits et cumuler le bénéfice des deux créances ? Assurément non. Si le débiteur est poursuivi en vertu de l'action primitive, il y a lieu de distinguer plusieurs hypothèses. Il se peut que l'incapable ait déjà reçu le paiement de la dette nouvelle, que son patrimoine se soit déjà enrichi de l'objet dû ou de son équivalent. Dans ce cas, le débiteur actionné pourra repousser la demande par l'exception de dol. Il se peut, au contraire, que le pupille n'ait encore rien touché de la nouvelle créance, soit qu'il n'ait pas agi, soit qu'il n'ait pu obtenir satisfaction. Dans ce cas, son action sera recevable ; mais le débiteur poursuivi pourra refuser de payer jusqu'à ce qu'il ait été libéré de la nouvelle obligation (240). Le débiteur devra donc faire insérer

(237) Paul, l. 20, *h. tit.*, et l. 15, *De solut.*, XLVI, 3.

(238) Gaius, III, 107. — *Inst.*, I, 21, pr., III, 19, § 9.

(239) *Inst.*, I, 21, pr.

(240) Ulpien, l. 9, pr., *h. tit.*

l'exception de dol dans la formule. Toutefois, cette exception qui tend à faire prévaloir l'équité n'a pas besoin d'être insérée dans la formule des actions de bonne foi (241). De même que l'action résultant du contrat de bonne foi suffit à garantir le créancier contre le dol de son adversaire, de même, réciproquement, le défendeur est garanti par la nature même de l'action contre le dol de l'autre partie, et il n'a pas besoin de faire insérer dans la formule délivrée contre lui l'*exceptio doli mali*.

105. — Le prodigue interdit ne peut, pas plus que le pupille, aliéner ni rendre sa condition pire sans le consentement du curateur (242), et, dès lors, il est incapable de faire une novation. Il aura donc acquis une nouvelle créance sans perdre son droit primitif; mais il ne pourra, comme nous l'avons expliqué, cumuler le bénéfice de ces deux actions. De plus, comme le prodigue, à la différence du fou, ne perd ni son intelligence ni sa volonté, il peut avoir le discernement qu'exige la substitution d'une créance à une autre, et, par conséquent, rien n'empêche de maintenir la novation comme parfaitement valable, si d'ailleurs elle n'a fait que rendre meilleure la condition de l'incapable. C'est, en effet, ce qui résulte de la loi 3 à notre titre :

Cui bonis interdictum est novare obligationem suam non potest nisi meliorem suam conditionem fecerit.

On ne sait pas, au premier abord, si l'opération est avantageuse ou onéreuse pour le prodigue, si la nouvelle créance est meilleure ou moins bonne que l'ancienne. S'il s'agit notamment d'une novation par changement de débiteur, la nouvelle créance restera soumise à toutes les éventualités de la fortune du nouveau débiteur. Ce sera donc au juge à examiner si le prodigue a fait une opération avantageuse, s'il a ou non rendu sa condition meilleure et, suivant les circonstances, il regardera la novation comme valable ou nulle.

(241) Ulpien, l. 21, *Solutio matri. dos quemad. pet.*, XXIV, 3.

(242) Ulpien, l. 6, *De verb. oblig.*, XLV, 1.

106. — Quelle est, en matière de novation, la capacité du mineur de 25 ans ? Le très-ancien droit n'établissait de distinction qu'entre les impubères et les pubères ; il n'en faisait aucune entre l'homme mûr et l'enfant inexpérimenté qui venait d'atteindre la puberté légale. Le pubère, mineur de 25 ans, était donc, en principe, aussi capable de s'obliger et d'aliéner que le majeur de 25 ans, et, dès lors, il n'est pas douteux qu'il pouvait faire novation.

Cependant, on reconnut bientôt que la capacité d'administrer sagement un patrimoine, n'est pas une conséquence nécessaire de l'acquisition de la puberté, et les mineurs de 25 ans furent entourés d'une protection toute spéciale. On ne chercha pas seulement à les garantir contre les personnes qui pourraient frauduleusement abuser de leur inexpérience ; mais le prêteur, considérant que les mineurs, même non trompés, pouvaient avoir été lésés, créa en leur faveur le bénéfice de l'*in integrum restitutio*, en vertu duquel leurs actes, même valables en droit civil, purent être rescindés en cas de lésion. Il pouvait toutefois être nommé un curateur spécial au mineur, toutes les fois qu'il avait à accomplir un acte juridique.

A partir de Marc-Aurèle, les mineurs purent recevoir des curateurs généraux et permanents. Nous pouvons alors nous demander quelle était, au point de vue de la novation, la capacité de ceux qui se trouvaient ainsi en curatelle. La question de savoir quelle est, d'une manière générale, la capacité du mineur de 25 ans en curatelle, a donné lieu à certaines difficultés. Modestin (243) admet la validité de la promesse faite par le mineur sans le concours de son curateur. Au contraire, Dioclétien (244) déclare nulle la vente consentie par un mineur qui a un curateur et ne l'a pas consulté. On a cherché par différents moyens à concilier ces deux textes. Nous croyons, pour notre

(243) L. 101, *eod. tit.*

(244) L. 3, C., *De in integ. restit.*, II, 22.

part, qu'il est impossible de les mettre d'accord, et que l'on doit en donner une explication historique (245). La décision de Dioclétien est, à notre avis, l'expression d'un droit nouveau ; désormais, il faut distinguer si le mineur a ou n'a pas de curateur. S'il n'en a pas, les anciens principes sont maintenus ; si, au contraire, il est en curatelle, il doit être traité comme un prodigue interdit, en ce sens que l'obligation qu'il voudrait contracter serait nulle, et non pas rescindable par voie d'*in integrum restitutio*. Nous pensons donc que c'est seulement sur la fin du troisième siècle que le mineur de 25 ans en curatelle dut être considéré comme incapable d'aliéner une créance en faisant novation.

107. — Nous arrivons à l'examen de notre seconde proposition, à savoir que le créancier seul peut, en principe, recevoir le paiement, et, par conséquent, faire novation de la créance. Nous avons examiné un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles un créancier ne peut pas recevoir un paiement libératoire et ne peut pas faire novation. A l'inverse, il y a d'autres personnes que le créancier qui peuvent recevoir le paiement, et qui pourront, dès lors, faire novation en vertu de la règle que nous avons posée : *Cui recte solvitur, is etiam novare potest*.

Ce pouvoir peut résulter, soit de la loi, soit d'un mandat exprès ou tacite du créancier.

Le tuteur peut recevoir le paiement du débiteur du pupille (246) ; donc, il peut également faire novation. Toutefois, la novation ne lui est permise qu'autant qu'elle présente un avantage pour le pupille. *Tutor ad utilitatem pupilli novare potest* (247). — *Tutor novare potest, si hoc pupillo expediat* (248). Les pouvoirs du tuteur s'étendent, en effet, aux

(245) V. dans ce sens, Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, p. 373. — Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, t. I, pp. 394 et 395.

(246) Paul, l. 46, § 7, *De administ. et periculo tut.*, XXVI, 7.

(247) Paul, l. 22, *eod. tit.*

(248) Paul, l. 20, § 1^{er}, *h. tit.*

actes qui ont pour but de conserver ou d'enrichir le patrimoine du pupille ; mais il ne peut, au contraire, faire aucun acte tendant à diminuer sa fortune (249).

108. — Le curateur, et spécialement le curateur du fou et du prodigue interdit, pourra également faire novation, si l'opération est avantageuse à la personne en curatelle. *Adgnatum furiosi aut prodigi curatorem novandi jus habere minime dubitandum est, si hoc furioso vel prodigo expediat* (250).

Nous croyons d'ailleurs qu'il ne faut pas entendre cette restriction dans un sens trop absolu, et si une novation, qui constituait un acte de bonne administration au jour où elle a été faite, venait, par suite d'événements postérieurs et fortuits, à tourner au préjudice de l'incapable, nous pensons qu'elle ne devrait pas moins être considérée comme valable vis-à-vis des tiers (250 bis), sauf pour l'incapable le droit d'user des voies de recours que la loi met à sa disposition, à l'effet d'obtenir la réparation du préjudice résultant des actes du tuteur ou du curateur. Il pourrait même, selon les cas, obtenir l'*in integrum restitutio*, qui aurait pour effet de rescinder la novation et de remettre juridiquement les choses dans leur état antérieur. S'il en était autrement, personne n'aurait pu traiter en pleine sécurité avec le tuteur, puisque la validité de l'acte aurait dû dépendre de ses résultats (251).

109. — Le pouvoir de nover peut, avons-nous dit, résulter d'un mandat donné par le créancier. Ce mandat peut être exprès : le créancier peut charger expressément un tiers de nover sa

(249) Paul, l. 35, pr., *De jurejurando*, XII, 2. L. 46, § 7, *De administ. et periculo tut.*, XXVI, 7. — Ulpien, l. 2, *De auct. et cons. tut.*, XXVI, 8. L. 3, § 13, *De suspectis tut.*, XXVI, 10. — L. 11, C., *De administ. tut.*, V, 37.

(250) Gaius, l. 34, § 1^{er}, *h. tit.*

(250 bis) V. Poth. *Pand.*, *De novat.*, Art. 2, n° 10, p. 258, note 9.

(251) Paul, l. 12, § 1^{er}, *De administ. et periculo tut.*, XXVI, 7.

créance (252). Le mandat peut aussi être tacite. C'est ainsi que le pouvoir de faire novation est compris dans le mandat général qui a été donné au *procurator omnium bonorum* (253).

110. — Ce pouvoir appartient encore, sans nul doute, au *procurator in rem suam* ; car il n'est tenu de rendre aucun compte et jouit du même droit que le cédant (253 bis).

111. — A côté d'un stipulant principal, on trouve quelquefois un stipulant accessoire, appelé : *adstipulator* (254). L'*adstipulatio* fut un produit indirect de la vieille règle : *Nemo alieno nomine lege agere potest*, et permit au créancier de confier l'exercice de son action à un tiers qui agissait de son propre chef, sauf à rendre compte au créancier (255). Gaius nous présente encore l'*adstipulatio* comme utile pour donner effet à la *stipulatio post mortem nostram* (256). Vis-à-vis de la partie qui joue le rôle adverse, l'*adstipulator* est bien créancier et pleinement maître de la créance. Il peut en conséquence recevoir le paiement, poursuivre le débiteur et éteindre la créance par novation. Au contraire, dans ses rapports avec le principal stipulant, il n'a plus qu'un rôle subordonné ; c'est un mandataire qui doit rendre compte et réparer le préjudice causé au mandant (257).

112. — Nous avons terminé l'examen de nos deux propositions : à savoir que tout créancier, pour être capable de nover, doit être capable de recevoir le paiement, et que ceux qui peuvent recevoir le paiement, bien qu'ils ne soient pas créanciers, peuvent faire également novation. Les différentes hypothèses que

(252) *Eod.*, *Sent.*, V, 8, *in fine*.

(253) *Eod.*, l. 20, § 1^{er}, *h. tit.* — V. aussi, l. 58, *Dig.*, *De procurat.*, III, 3.

(253 bis) *Eod.*, l. 13, § 1^{er}, *Dig.*, *De pactis*, II, 14.

(254) Gaius, III, 110.

(255) *Eod.*, III, 111.

(256) *Eod.*, III, 117.

(257) *Eod.*, III, 111 et 215.

nous avons parcourues, ne sont, en général, que l'application de la règle posée par la loi 10, à notre titre : *Cui recte solvitur, is etiam novare potest*. Il nous faut examiner les différentes exceptions que comporte cette règle générale.

Le mandat donné par un créancier de poursuivre son débiteur, de toucher le paiement, ne donne pas au mandataire le pouvoir de faire novation, bien que le débiteur se trouve valablement libéré en payant entre ses mains. *Si debitorem meum jussero tibi solvere, non statim tu etiam stipulando id novare possis, quamvis debitor solvendo tibi liberaretur* (258). La novation, comme nous l'avons dit, est en effet un acte plus dangereux que le paiement. Au lieu de réaliser un bénéfice immédiat et certain, le créancier acquiert simplement, à la place de son ancien droit, une nouvelle créance qui peut être moins bonne que l'ancienne. Cette différence explique suffisamment pourquoi il y a des personnes qui peuvent recevoir le paiement, et qui cependant ne peuvent faire novation. Le créancier peut bien avoir assez de confiance dans une personne pour la charger du recouvrement effectif de sa créance, mais non pour lui en abandonner la disposition et lui permettre de la remplacer par un droit nouveau, soumis à toutes sortes d'éventualités quant à ses résultats.

113. — Ce que nous disons du mandataire proprement dit, nous le dirons également de l'*adjectus solutionis gratiâ*, c'est-à-dire d'un tiers autorisé par le contrat lui-même à recevoir le paiement (259). En stipulant qu'on lui paierait à lui ou à un tiers, le créancier a donné à ce dernier le pouvoir de toucher le paiement, et cette clause étant censée ajoutée dans l'intérêt du débiteur, n'est pas révocable au gré du créancier (260). Mais là

(258) Pomponius, l. 21, *h. tit.* — L. 4, C., *h. tit.*

(259) Gaius, l. 28, pr., *De stipul. serv.*, XLV, 3. — Papinien, l. 95, § 5, *De solut.*, XLVI, 3.

(260) Ulpien, l. 12, § 1^{er}, *De solut.*, XLVI, 3. — Gaius, l. 106, *eod. tit.* — *Inst.*, III, 19, § 4.

se bornaient les pouvoirs du mandataire ; la novation lui était interdite. *Quod stipulatus ita sum : mihi aut Titio ? Titius nec petere, nec novare, nec acceptum facere potest, tantumque ei solvi potest* (261).

114. — Le père de famille pouvait confier à son fils, comme à son esclave, une certaine quantité de biens pour les faire valoir et les administrer sous le nom de pécule. Cet usage avait pour avantage ordinaire de simplifier l'administration d'un patrimoine considérable. A l'égard du fils de famille, il avait une utilité plus grande : il le préparait à devenir lui-même un bon *paterfamilias*. L'esclave et le fils de famille peuvent bien recevoir un paiement, quand ils ont reçu ce pouvoir du maître ou du père, comme lorsqu'il s'agit de dettes comprises dans leur pécule (262) ; mais ils sont incapables de nover. *Cùm nemo eorum per se novare priorem obligationem jure possit* (263).

Voilà donc une nouvelle catégorie de personnes qui peuvent recevoir le paiement, mais qui n'ont pas le pouvoir de faire novation.

Remarquons toutefois la manière dont s'exprime le jurisconsulte Celsus, dans la loi 25, à notre titre. Il nous dit qu'aucune des personnes qui sont en notre puissance, ne peut nover *per se*, par elle-même. Elles pourraient donc nover, si, à leur propre volonté venait s'en joindre une autre, celle de la personne sous la puissance de laquelle elles se trouvent.

Non solum per nosmetipsos novamus quod nobis debetur, sed per eos etiam, per quos stipulari possumus, veluti per filiumfamilias, vel servum, jubendo vel ratum habendo (264).

(261) Paul, l. 10, *De solut.*, XLVI, 3. L. 10, *h. tit.*

(262) Paul, l. 27, pr., *De pactis*, II, 14. — Gaius, l. 21, Dig., *De jurejurando*, XII, 2. — Celsus, l. 25, *h. tit.* — Pomponius, l. 19, *De solut.*, XLVI, 3. — Alfenus Varus, l. 35, *eod. tit.*

(263) Celsus, l. 25, *h. tit.* — V. aussi, Paul, *loc. cit.* — Florentinus, l. 16, *h. tit.* — Pomponius, *loc. cit.*

(264) Paul, *Sent.*, V, 8. — Florentinus, *loc. cit.* — Paul, l. 20, pr., *h. tit.*

Le fils de famille pourra donc stipuler dans le but de nover, toutes les fois qu'il agira sur l'ordre, ou tout au moins avec le consentement de son père. *Filius patris actionem ignorante eo novare non potest* (265). Ce consentement n'a pas besoin d'être exprès, et il sera présumé toutes les fois que le père ou le maître aura placé le fils ou l'esclave à la tête d'un pécule dont il lui aura confié la libre administration (266).

C'est avant tout une question de fait que celle de savoir quels sont les droits que le propriétaire du pécule a entendu conférer à la personne en puissance ; mais le seul fait de la part du père ou du maître de confier au fils ou à l'esclave la libre administration, n'emporte pas pour ces derniers le pouvoir de faire des donations. Le pécule leur a été confié afin de l'administrer et de le faire valoir, mais non dans le but de le dissiper ou d'en diminuer la valeur (267). Le fils ou l'esclave, alors même qu'il a reçu la libre administration du pécule, ne peut donc déléguer le débiteur du pécule à un tiers, dans le but de faire une donation à ce dernier. La novation sera au contraire valable, si le délégataire doit faire emploi des fonds dans l'intérêt des affaires du fils ou de l'esclave ; car il devra compte de ce qu'il aura reçu, et le pécule aura acquis contre lui l'action de mandat (268).

115. — Jusqu'à présent nous avons toujours supposé une novation faite par le créancier ou une personne en sa puissance, ou par un mandataire auquel il a conféré le pouvoir de nover. La novation ne s'opérerait pas, au contraire, et le créancier conserverait son action, si un tiers sans mandat stipulait *novandi animo* ce qui est dû à ce créancier. Il en est de même pour le

(265) Pomponius, l. 23, *h. tit.*

(266) Gaius, l. 21, Dig., *De jurejur.*, XII, 2. — Paul, l. 48, § 1^{er}, *De peculio*, XV, 1. — Gaius, l. 34, pr., *h. tit.* — Poth. *Pand.*, *De novat.*, Art. 2, § 2, n° 13, p. 259.

(267) Gaius, l. 28, § 2, Dig., *De pactis*, II, 14. — Marcien, l. 1, § 1^{er}, *Quæ res pignori*, XX, 3. — Ulpien, l. 7, pr., *De donat.*, XXXIX, 5.

(268) Gaius, l. 34, pr., *h. tit.*

paiement : un tiers ne peut le recevoir s'il n'y est autorisé par la loi ou par la volonté du créancier. Nous avons vu, au contraire, qu'un tiers peut payer une dette ou libérer le débiteur par une promesse faite *novandi animo*, même à son insu et malgré lui. Ici encore, les principes du paiement sont donc applicables à la novation, et ce nouvel effet de l'analogie qui existe entre l'un et l'autre de ces modes d'extinction nous est ainsi signalé par Ulpien :

Non tamen si quis stipuletur quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate meâ stipuletur. Liberat autem me is qui quod debeo promittit, etiamsi nolim (269).

Le consentement du créancier n'a d'ailleurs pas besoin d'être exprès ; il peut être donné par écrit ou même à l'aide d'un simple signe. *Delegare scripturâ, vel nutu, ubi fari non potest, debitorem suum quis potest* (270).

Ajoutons enfin que si quelqu'un, en mon absence, est allé stipuler de mon débiteur *novandi animo*, la ratification que je donnerai à cette stipulation rendra la novation valable. *Si quis, absente me, a debitore meo stipulatus est novandi animo, ego postea ratum habuero, novo obligationem* (271).

116. — Nous aurions terminé sur la capacité de nover, si nous n'avions réservé pour la fin l'examen d'une question importante qui a donné lieu à de sérieuses difficultés. Nous avons vu qu'il y avait, en principe, analogie entre la novation et le paiement au point de vue de la capacité. Si nous faisons application de cette règle aux *correi stipulandi*, nous devrions décider que chacun d'eux pouvant recevoir le paiement, chacun pourra également nover la créance commune. Cette solution, conforme à la logique et aux principes généraux du droit, est en effet confirmée par un texte de Vénuléius qui forme la loi 31, § 1^{er}, à notre titre :

(269) L. 8, § 5, *h. tit.*

(270) Ulpien, l. 17, *h. tit.*

(271) Paul, l. 22, *h. tit.*

Si duo rei stipulandi sint, an alter jus novandi habeat quæritur, et quid juris unusquisque sibi adquisierit? Fere autem convenit, et unirecte solvi, et unum judicium petentem totam rem in litem deducere; item unius acceptilatione perimi utriusque obligationem: ex quibus colligitur unumquemque perinde sibi adquisisse, ac si solus stipulatus esset; excepto eo quod etiam facto ejus cum quo commune jus stipulantis est, amittere debitorem potest. Secundum quæ, si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, cum id specialiter agit: eò magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus...

Le jurisconsulte commence par poser la question; puis par une déduction logique des principes il arrive à reconnaître au créancier le droit de faire novation. On s'accorde à admettre que l'un des *rei stipulandi* peut éteindre la créance commune par la réception du paiement volontaire, par une acceptilation, ou par une demande en justice. Chacun des costipulants est donc réputé aussi maître de la créance que s'il avait stipulé seul, sauf qu'il peut perdre lui-même son droit par le fait de son *correus*. Comment, dès lors, lui refuser le droit de libérer le débiteur par une novation opposable aux autres créanciers, puisque la stipulation *novandi animo* est considérée comme semblable au paiement? Vénuléius propose, en terminant, plusieurs espèces dans lesquelles il faudra bien, selon lui, admettre la novation par l'un des *correi*. Le jurisconsulte raisonne ainsi avec une clarté et une précision remarquables, et admet que toute novation faite par l'un des créanciers a pour effet de libérer le débiteur envers les autres.

117. — Il paraît cependant qu'un auteur allemand (272) a voulu essayer de restreindre la portée de ce texte en se fondant sur ces mots: *cum id specialiter agit*. Selon lui, ce n'est pas toute novation qui opère extinction totale de la créance corréale,

(272) Huschke, cité par Demangeat, *Obligations solidaires*, p. 53.

mais seulement celle dans laquelle l'intention spéciale des parties a porté sur une extinction totale. En d'autres termes, l'un des *correi* a bien le pouvoir de faire novation ; mais, pour que cette novation libère le débiteur envers les autres créanciers, il faut une intention manifestée dans ce but, sans quoi le droit de ces derniers reste intact.

Cette distinction ne saurait être admise ; car elle est incompatible avec le caractère même de l'obligation corréale et les effets de la stipulation *novandi causâ*. Le créancier peut par novation libérer le débiteur envers les autres créanciers, *cum id specialiter agit*, c'est-à-dire s'il agit spécialement dans le but de faire novation (272 bis). Ces derniers mots, loin de faire partie du texte primitif de Vénuléius, s'expliquent très-bien par une interpolation des compilateurs du Digeste, qui ont voulu par là mettre ce texte en harmonie avec la Constitution de Justinien sur la manifestation spéciale de l'intention de nover. Nous avons vu, en parlant de *l'animus novandi*, que ces mêmes expressions se retrouvent dans d'autres textes avec le sens et l'origine que nous leur attribuons ici (V. *suprà*, n° 85).

118. — La doctrine de Vénuléius est, avons-nous dit, conforme aux principes du droit ; cependant elle ne paraît pas avoir été adoptée par Paul. Ce n'est qu'indirectement que le jurisconsulte semble admettre une solution opposée à la précédente. La question principale qu'il se pose est celle de savoir si le pacte de remise, consenti par un *argentarius*, peut être opposé à son associé.

Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere : tantum enim constitutum ut solidum alter petere possit. Idem Labeo : nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur. Sic enim et

(272 bis) Demangeat, *op. cit.*, p. 54. — Poth. *Pand.*, De novat., Art. 2, n° 9, p. 258; note 7.

his qui in nostrâ potestate sunt recte solvi quod crediderint, licet novare non possint : quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est (273).

Paul rapporte l'opinion de plusieurs jurisconsultes, suivant lesquels le pacte fait par un associé ne peut nuire à l'autre, alors même qu'il serait conçu *in rem*. Labéon professe sur cette question la même doctrine que les jurisconsultes cités par Paul. Il se fonde sur ce que l'un des *argentarii* ne peut faire novation, bien qu'il puisse recevoir le paiement. On peut comparer leur situation à celle des personnes en puissance, qui peuvent toucher le montant des sommes qu'elles ont prêtées et sont incapables de faire novation. Tout ce qui vient d'être dit, ajoute le jurisconsulte, doit d'ailleurs s'appliquer aux *correi stipulandi*.

Ainsi entendu, ce texte est en contradiction formelle avec celui de Vénuléius que nous avons analysé, et il semble impossible de les concilier. Tel est, en effet, l'avis de plusieurs interprètes d'une grande autorité, comme Cujas (273 *bis*). D'autres, au contraire, ont essayé de concilier ces deux lois ; mais les difficultés que présentait cette tentative devaient nécessairement donner lieu à une assez grande divergence d'opinions.

119. — Nous signalerons seulement, sans chercher à la réfuter, l'opinion d'un certain Robertus (274) qui a voulu, pour faire disparaître l'antinomie, remplacer le mot *novare* par le mot *donare* dans le texte de Paul que nous venons d'analyser.

(273) L. 27, pr., Dig., *De pactis*, II, 14. — Cpr. Ulpien, l. 8, § 11, *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1.

(273 *bis*) *Comm. in lib. III, Pauli ad Edictum, ad l. 27, De pactis* (*Opera post.*, t. II, col. 70 à 76). — Poth. *Pand., op. et loc. cit.* — Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 319. — Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, 2^e édit., t. II, p. 262. *Obligations solidaires*, p. 308. — Ortolan, *Explication historique des Institutes*, 7^e édit., t. III, p. 172, note 2.

(274) Cité par Pérézius, *Prælectiones in Codicem*, liv. VIII, tit. 40, *De duobus reis*.

120. — D'autres (275), sans faire subir au texte aucune modification, ont proposé de résoudre la difficulté par une distinction. Si les deux jurisconsultes admettent des solutions différentes, c'est qu'ils se placent dans des situations également différentes. Paul suppose un contrat de société entre les *correi* ; tandis que Vénuléius raisonne dans l'hypothèse où ce contrat n'existait pas. La question de savoir si l'un des créanciers peut faire novation, doit donc être résolue différemment selon qu'il y a ou non société entre les créanciers. Dans le premier cas la novation est impossible ; dans le second, au contraire, chacun d'eux a le pouvoir de nover en toute liberté. Ce n'est pas là une simple conjecture ; car Paul s'occupe d'abord de plusieurs *argentarii socii*, et en ajoutant ensuite : *idemque in duobus reis stipulandi*, il est probable qu'il n'a entendu également parler que des créanciers unis par un lien de société.

Aucun des textes qui nous occupent ne consacre la distinction que l'on a voulu arbitrairement y introduire. Bien plus, le texte de Vénuléius, rédigé avec une grande précision, s'exprime dans les termes les plus absolus. Comment comprendre qu'il n'ait pas signalé de la manière la plus claire une distinction aussi importante, qui devait servir de fondement à sa doctrine ! Cette distinction elle-même nous paraît d'ailleurs bien difficile à justifier au point de vue de la difficulté que nous examinons. Le fait que les créanciers sont unis par un lien de société peut bien avoir pour effet de contraindre celui qui a nové à indemniser les autres pour leur part ; mais cette circonstance n'est pas de nature à modifier, en principe, les rapports qui existent entre le débiteur d'une part et les créanciers d'autre part. Paul suppose qu'il s'agit d'*argentarii socii*, parce qu'on pouvait se demander si l'existence d'une société ne devait pas avoir pour effet de permettre au débiteur de se prévaloir contre un créancier du pacte de remise consenti par l'autre. Mais la novation faite par l'un d'eux

(275) Molitor, *Les obligations en droit romain*, t. III, n° 1043, p. 277.

laisse le débiteur hors de cause ; l'existence d'une société ne saurait modifier ses effets absolus ; il ne reste plus désormais qu'une question d'indemnité à régler entre les créanciers. Le fait qu'il y a ou non société entre les *correi* nous paraît donc tout à fait indifférent au point de vue qui nous occupe. La novation faite par l'un d'eux doit avoir les mêmes effets à l'égard du débiteur, que les créanciers soient associés ou qu'ils ne le soient pas.

121. — On a proposé une autre conciliation beaucoup plus précieuse, et qui paraît plus admissible que la précédente (276). La question traitée dans ce texte n'est pas celle de savoir quel est l'effet de la novation faite par l'un des *argentarii* ; il s'agit uniquement de savoir si le pacte de remise consenti par l'un d'eux peut être opposé à l'autre. Paul, pour établir la négative, emprunte la doctrine de Labéon qui raisonnait, sans doute, de la manière suivante : Le paiement fait à l'un des *argentarii* libère tous les autres ; mais de là on ne saurait conclure que le pacte de remise fait par l'un d'eux libère également les autres. En effet, bien que la novation ressemble beaucoup plus au paiement que le simple pacte de remise, cependant le pouvoir de toucher le montant de la dette n'entraîne pas toujours celui de faire novation. C'est ainsi que les personnes soumises à la puissance d'autrui peuvent bien recevoir le paiement de ce qu'elles ont prêté, sans avoir pour cela le droit de nover la créance. C'est donc par un argument *a fortiori* qu'il faut décider que le pouvoir de toucher le montant d'une créance n'entraîne pas, comme une conséquence nécessaire, celui de libérer le débiteur par un simple pacte de remise. Labéon ne s'occupe donc pas de la novation faite par l'un des *argentarii* ; il n'en parle qu'incidemment et d'une manière générale, pour venir à l'appui de ce qu'il dit relativement au pacte de remise. C'est ce que fait

(276) De Vangerow, cité par Demangeat, *Obligations solidaires*, p. 310.
— V. aussi, Poth. *Pand.*, *De pactis*, Sect. V, Art. 2, n° 45, p. 89, note 1.

également Paul qui rapporte cette doctrine, quand il dit : *idemque in duobus reis stipulandi*. Il en est de même pour les *correï*, c'est-à-dire que le pacte fait par l'un d'eux ne saurait être opposé à l'autre.

Cette interprétation n'est-elle pas arbitraire ? On peut le soutenir ; car, si un tel raisonnement a pu être dans la pensée de ces jurisconsultes, cependant rien ne montre que le mot *alium* doive être pris dans un sens général, et ne se rapporte pas aux *argentarii* dont le jurisconsulte vient de s'occuper, bien qu'il eût été plus conforme aux règles grammaticales d'employer l'expression *alterum*.

122. — D'après M. de Savigny (277), Paul aurait voulu seulement indiquer une similitude de situation entre les *argentarii* et les *correï stipulandi*, au point de vue du pacte de *non petendo* consenti au débiteur par l'un d'eux ; mais non au point de vue du pouvoir de nover qu'il refuserait, comme Labéon, aux *argentarii*. Voici donc comment le texte doit être interprété : Plusieurs jurisconsultes pensent que le pacte de remise consenti par un *argentarius* n'est pas opposable à l'autre. Labéon est aussi de cet avis, et il fonde cette solution sur ce que l'*argentarius*, bien qu'il puisse recevoir le paiement, n'a cependant pas le pouvoir de nover. Il doit en être de même, ajoute Paul, en ce qui concerne les *correï stipulandi*, c'est-à-dire que l'un d'eux ne peut, pas plus que l'*argentarius*, faire un pacte de remise opposable à l'autre. Ces derniers mots se réfèrent donc exclusivement à la question posée au début du texte, et rien ne prouve que l'argument de Labéon, emprunté à la novation, soit aux yeux de Paul applicable également aux *correï stipulandi*.

Cette interprétation nous paraît trop arbitraire pour devoir être admise. Comment comprendre, en effet, que les derniers mots du texte ne se rapportent qu'à la décision relative au pacte

(277) *Le droit des obligations*, t. I, pp. 194 et suiv. — V. aussi, Maynz, *Cours de droit romain*, t. II, p. 537, note 5.

et qu'ils ne se rattachent pas également à la solution relative à la novation qui les précède immédiatement ! L'interprétation la plus naturelle de cette loi conduit, au contraire, à décider que Paul, après Labéon, refuse à l'un des *argentarii* le pouvoir de faire un pacte de remise opposable à l'autre, comme il lui refuse le droit de nover la créance commune. Le même jurisconsulte ajoute ensuite que ces solutions, la dernière aussi bien que la première, doivent être maintenues lorsqu'il s'agit de *correi stipulandi*. Pourquoi d'ailleurs Paul n'aurait-il pas donné pour les *correi* la solution qu'il venait d'approuver pour les *argentarii socii*? « Et même en faisant abstraction du texte, dit M. Demangeat (278), il n'est pas facile d'apercevoir pourquoi l'on distinguerait ainsi sur un point particulier entre les *argentarii socii* et les *rei stipulandi*; il serait véritablement extraordinaire que la créance commune pût être novée par un seul, ou au contraire ne pût pas l'être, suivant qu'il s'agirait des uns ou des autres de ces cocréanciers. »

123. — Il est donc certain qu'aucune des explications que nous venons de résumer n'est entièrement satisfaisante, et nous croyons qu'il faut reconnaître l'existence d'une controverse, et dire avec Cujas : *Ingenue confiteor Paulum hoc loco plane negare ab uno ex argentariis, vel reis stipulandi, novari veterem obligationem posse* (278 bis). Le texte de Vénuléius lui-même témoigne de l'existence d'une controverse sur ce point, et si le jurisconsulte s'efforce de déduire sa solution des principes par une argumentation claire et logique, c'est assurément dans le but de faire prévaloir sa doctrine sur l'opinion contraire professée par Paul. Peut-être même n'est-il pas téméraire d'affirmer que cette controverse n'était que le reste d'une controverse autrefois plus générale, relativement aux pouvoirs

(278) *Obligations solidaires*, p. 310.

(278 bis) *Comm. in lib. III Pauli ad Edictum, ad l. 27, De pactis, (Opera post., t. II, col. 72).*

de chacun des *correi stipulandi* (279). Après avoir posé la question en ce qui concerne le pouvoir de nover, le jurisconsulte ajoute, en effet, que l'on s'accorde à peu près (*fere autem convenit*) à reconnaître à chaque créancier le droit d'éteindre la créance par la réception du paiement volontaire, par l'acceptilation, ou par une demande en justice. Cette manière de s'exprimer prouve suffisamment que cet accord dont parle Vénuléius n'était ni entier ni de vieille date. On comprend d'ailleurs assez facilement que des résistances se soient élevées contre une théorie qui devait mettre les créanciers à la merci les uns des autres. On peut donc s'expliquer que la controverse se soit perpétuée en ce qui concerne spécialement la novation. Paul et Vénuléius ne se plaçaient pas sans doute au même point de vue et ne suivaient pas la même doctrine en fait d'interprétation. Tandis que Paul refusait d'étendre les pouvoirs qui avaient été reconnus appartenir à chacun des *rei stipulandi*, Vénuléius, au contraire, se laissait entraîner par la force des principes, et pensait que le jurisconsulte ne pouvait se soustraire aux exigences de la logique.

124. — Si nous avions à appliquer aujourd'hui le droit romain, nous n'hésiterions pas, pour notre part, à suivre la doctrine de Vénuléius, si fortement motivée. Elle ne fait qu'appliquer aux *correi* la règle que nous avons posée au début de cette section : *Cui recte solvitur, is etiam novare potest*. Elle est, en outre, beaucoup plus logique que celle de Paul. Pourquoi, en effet, apporter une exception à cette règle en ce qui concerne les *correi stipulandi* ? Chaque créancier a le pouvoir d'éteindre la créance en recevant le paiement, en formant une demande en justice, ou en faisant acceptilation. Chacun est donc réputé aussi maître de la créance que s'il avait stipulé seul. Comment comprendre que celui qui peut ainsi éteindre le droit de son *correus*,

(279) V. dans le sens de cette interprétation, Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 320.

ne puisse l'éteindre au moyen d'une novation, c'est-à-dire à l'aide d'un mode d'extinction qui n'a pour effet que de transformer l'obligation, et auquel le droit civil attache les effets du paiement ! La solution de Vénuléius est beaucoup plus conforme à l'ensemble des décisions admises par les jurisconsultes, et elle a triomphé dans l'esprit des interprètes. *Multæ et magnæ Venuleii rationes nos perduxerunt in suam sententiam* (280).

Cette opinion doit donc être préférée, et peut-être n'est-ce pas trop présumer que de dire qu'elle finit par prévaloir. Le texte qui la renferme figure, en effet, au siège même de la matière et n'a pas dû y être inséré sans réflexion, puisqu'il constate l'existence d'une controverse. Remarquons d'autre part que Paul ne s'occupe qu'incidemment de la question, tandis que Vénuléius l'examine d'une manière spéciale et la résout *ex professo*.

CHAPITRE II.

Elément nouveau.

125. — Nous avons vu qu'il ne pouvait y avoir de novation sans une stipulation valable, et nous avons ajouté que cette stipulation devait contenir quelque chose de nouveau. Nous avons jusqu'à présent réservé cette question à cause de son importance ; il nous faut maintenant l'étudier en détail, et nous demander pourquoi il faut un élément nouveau, et en quoi peut consister cet élément nouveau.

En réalité, ce n'est pas là une nouvelle condition, car dire

(280) Cujas, *Comm. in lib. Pauli ad Edictum*, ad l. 27, *De pactis* (*Opera post.*, t. II, col. 74). — V. aussi, Poth. *Pand.*, *De novat.*, Art. 2, n° 9, p. 258. — Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 319. — Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, 2^e édit., t. II, p. 262. *Obligations solidaires*, p. 308.

que la novation suppose une stipulation valable, c'est dire également qu'elle exige un élément nouveau dans la stipulation, puisqu'une *stipulatio debiti* qui ne contiendrait rien de nouveau, serait par là même sans valeur (281).

126. — Si l'on se place à un point de vue pratique, il faut reconnaître que cette règle est conforme à la nature des choses. Comment pourrait-on dire qu'une créance est novée, alors qu'elle ne diffère en rien de ce qu'elle était auparavant? Cette condition est de plus en parfaite harmonie avec la volonté des parties. Lorsque deux personnes stipulent *novandi causâ*, c'est précisément dans le but de substituer à l'obligation ancienne une obligation nouvelle qui en diffère dans l'un ou l'autre de ses éléments. Réciproquement, si la stipulation nouvelle n'est que la reproduction de l'ancien contrat, n'est-il pas de toute évidence que les parties ont voulu simplement le confirmer, et non l'abroger en faisant novation?

Nous reconnaissons volontiers que cette règle sera, dans la plupart des cas, en parfaite harmonie avec la volonté des parties; mais il ne faut pas en conclure que l'exigence d'un élément nouveau dans la novation soit une simple induction tirée de la volonté des parties. Les Institutes de Justinien n'exigent pas seulement l'intention des parties pour qu'il y ait novation, mais encore l'existence d'un élément nouveau. *Ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit* (282). Ce n'est là que la reproduction du passage correspondant de Gaius (283), et les exemples qui nous sont donnés par ce dernier jurisconsulte (284) prouvent que la question qui nous occupe était une question de droit et non de fait, et que l'exigence d'un élément

(281) Pomponius, l. 18; Ulpien, l. 29, pr., Julien, l. 58, *De verb. oblig.*, XLV, 1. — Poth. *Pand.*; *De novat.*, n° 18.

(282) *Inst.*, III, 29, § 3.

(283) C. III, 177.

(284) C. III, 178, 179.

nouveau constituait une restriction apportée à la volonté des parties, bien plus que l'interprétation de cette même volonté.

127. — Après avoir ainsi constaté, d'une manière générale, la nécessité d'un élément nouveau dans la stipulation *novandi causâ*, il nous reste maintenant à rechercher en quoi ce changement peut consister.

La novation pouvait s'opérer par un changement de personnes. Le débiteur pouvait promettre la chose due à un autre créancier. Le créancier pouvait stipuler le montant de l'obligation d'un autre débiteur. Il pouvait y avoir tout à la fois changement dans la personne du débiteur et du créancier. La novation pouvait aussi s'opérer entre les mêmes parties, à l'aide d'une stipulation renfermant un élément nouveau. On a donné à cette dernière novation le nom de novation *objective*, pour réserver à la première le nom de novation *subjective*. Nous nous occuperons d'abord de la novation faite entre les mêmes personnes ; nous examinerons ensuite les différents changements qui peuvent être opérés dans la personne du débiteur ou du créancier.

SECTION I

Novation entre les mêmes personnes.

128. — Lorsque nous avons étudié les conditions essentielles à l'existence de toute novation, nous avons essayé d'établir que l'*idem debitum* constitue le lien qui doit exister entre l'obligation qui disparaît et celle qui prend naissance : la novation ne peut s'opérer par changement d'objet (V. *suprà*, n^{os} 50 et suiv.). Nous avons vu, d'autre part, qu'une *stipulatio debiti* serait sans valeur, si elle était de tous points identique à la première. Si elle porte sur le même objet que la première, elle ne peut être utile qu'autant que la première ne le sera pas elle-même (285).

(285) Pomponius, l. 25, *De verb. oblig.*, XLV, 1.

On ne peut donc stipuler deux fois la même chose, et la novation suppose cependant l'identité d'objet. Il en résulte que c'est en dehors de l'objet que nous devons rechercher l'élément nouveau indispensable pour que la deuxième stipulation soit valable, et, par conséquent, pour que la novation puisse s'opérer.

La novation pouvait être employée dans le but de transformer la créance, de la modifier, ou de la transporter. Nous allons voir que les différents changements qui pouvaient se rencontrer dans la *stipulatio debiti*, correspondent, en effet, aux différents usages auxquels la novation pouvait servir.

§ 1^{er}. — *Changement dans la cause.*

129. — L'élément nouveau pouvait simplement consister dans une cause différente, quand l'obligation à éteindre ne dérivait pas d'une stipulation. La transformation apparaît surtout avec évidence, quand la cause primitive de la créance était un contrat de bonne foi. On comprend alors comment la situation des parties se trouve modifiée par la substitution d'une obligation *verbis* à l'obligation primitive. Le créancier se trouve désormais muni d'une action toute nouvelle, plus énergique et plus expéditive que la première. En faisant passer la créance dans la formule de la stipulation, le créancier a préparé la poursuite contre son débiteur ; au lieu de l'action de bonne foi il a désormais une action de droit strict avec toutes les différences qui la séparent de la première.

La novation peut également présenter de l'intérêt, bien que la première obligation se trouve déjà sanctionnée par une *condictio*. Si je suis créancier en vertu d'un *mutuum* et que je stipule la somme prêtée, il pourra y avoir novation, et la transformation, bien qu'elle n'apparaisse pas avec autant d'évidence que dans le cas précédent, n'en sera pas moins réelle. C'est ainsi que la nouvelle action pourra être une *condictio incerti*, tandis que l'obligation de l'emprunteur était sanctionnée par une *condictio*

certi. C'est ainsi encore que la novation communiquait à la première obligation les qualités et les privilèges de l'obligation verbale, et la rendait notamment susceptible d'être éteinte par acceptilation.

La novation pouvait donc s'opérer par un simple changement dans la cause de l'obligation, par la transformation en une créance verbale de la créance née d'un autre contrat. Il est vrai que Gaius, dans l'énumération qu'il nous donne des différents changements (286), ne parle pas du changement de cause; mais ce silence s'explique par cette considération qu'il prévoit le cas de deux stipulations successives. On comprend facilement que le jurisconsulte s'occupe uniquement de cette hypothèse, si l'on songe que la stipulation était chez les Romains d'un usage si fréquent et si général qu'elle pouvait être considérée comme formant la règle en matière de contrats.

§ 2. — *Changement dans le terme.*

130. — La novation peut également s'opérer par l'adjonction ou la suppression de certaines modalités.

C'est ainsi qu'une obligation pure et simple peut être novée par une obligation à terme. *Forte si dies adjiciatur* (287). Les deux dettes, bien que portant sur le même objet, diffèrent cependant dans leur caractère : l'une est exigible immédiatement, l'autre ne le sera que dans un certain délai. Le terme ne suspend pas l'existence de l'obligation qui prend naissance dès la formation du contrat; mais il y a une époque avant laquelle elle n'est pas exigible. Il en résulte que la novation pourra s'opérer immédiatement, puisque l'obligation *ex stipulatu* a une existence actuelle; toutefois le droit de poursuite sera suspendu jusqu'après l'expiration du terme fixé. *Et generaliter constat et stipula-*

(286) C. III, 177.

(287) Gaius, *loc. cit.* — Ulpien, l. 5; l. 8, § 1^{er}, *h. tit.*

tione in diem factâ novationem contingere : sed non statim ex eâ stipulatione agi posse antequam dies venerit. — Nam et aliàs qui in diem stipulatur statim novat, si hoc actum est, cùm certum sit diem quandoque venturum (288).

Quand le créancier veut accorder un terme au débiteur, il peut sans doute atteindre ce résultat sans être obligé de recourir à la novation. Il lui suffit pour cela de convenir par un simple pacte qu'il ne demandera pas le paiement avant une époque fixée. Toutefois le pacte ne produira son effet que *exceptionis ope* : la première obligation continuera d'exister *ipso jure* et ne sera éteinte que par l'exception tirée du pacte (289). La novation, au contraire, éteint de plein droit et immédiatement la première obligation. Si les parties veulent atteindre ce résultat ; si elles veulent que la concession du terme opère *ipso jure*, il ne suffit donc pas d'un simple pacte, il faut une stipulation *novandi causâ*.

131. — La novation peut également s'opérer par la suppression d'un terme. *Forte si dies detrahatur* (290). Ici encore nous dirons que la novation s'opérera immédiatement, puisqu'il est certain que le terme arrivera un jour. La première obligation existe dès aujourd'hui, bien que sa réalisation soit encore différée, et dès lors elle est susceptible d'être éteinte. Cet effet extinctif ne saurait être à terme lui-même, car il est réalisé dès qu'il a commencé d'exister. *In diem obligatio novari potest, et prius quam dies advenerit. — Legata vel fideicommissa, si in stipulationem fuerint deducta, et hoc actum ut novetur, fiet novatio, si quidem pure vel in diem fuerint relicta, statim* (291).

La novation produira aussi immédiatement son effet obliga-

(288) Ulpien, *loc. cit.*

(289) Gaius, IV, 122.

(290) *Eod.*, III, 177.

(291) Ulpien, l. 5 ; l. 8, § 1^{er}, *h. tit.*

toire, et le créancier pourra agir dès à présent contre le débiteur sans crainte de commettre une *plus petitio*. Il ne faut donc pas croire que le terme soit reporté sur la nouvelle obligation ; car dans la stipulation il faut s'attacher à la formule employée par les parties et ne pas supposer facilement une modalité qui ne serait pas énoncée. Ce sont les paroles qui constituent la cause de l'obligation, et dès lors ce sont les paroles aussi qui doivent en déterminer la mesure et l'étendue (292). Celle des parties en faveur de laquelle le terme était établi, a renoncé à ce bénéfice, soit à raison de quelque avantage, soit par esprit de libéralité, en consentant à la suppression du terme qui lui avait été primitivement concédé.

Ce n'est pas à dire que l'on ne doive pas rechercher l'intention des parties. Cette intention devra, au contraire, produire son effet, toutes les fois qu'il sera possible de la faire ressortir des paroles prononcées. Il se peut que la formule employée par les parties implique de leur part l'intention de nover l'obligation telle qu'elle existe, et de conserver notamment la modalité dont elle est affectée (293). Remarquons d'autre part que le débiteur pourrait, dans tous les cas, se défendre à l'aide de l'exception de dol, s'il avait été entendu que le bénéfice du terme lui serait conservé.

Nous venons de supposer que les parties faisaient novation dans le but de supprimer le terme dont était affectée la première obligation. Si le bénéfice du terme n'avait été accordé que par un pacte fait postérieurement à la naissance de la première obligation, le créancier aurait pu sans doute atteindre ce résultat en faisant un second pacte qui aurait détruit l'effet du premier. *Prius pactum per posterius elidetur* (294). Le pacte serait, au con-

(292) Paul, l. 126, § 2, *in fine*, *De verb. oblig.*, XLV, 1.

(293) Ulpien, l. 47, *De verb. oblig.*, XLV, 1. — Il faut alors supposer que la stipulation renferme un autre élément nouveau, par exemple, que le créancier stipule d'une autre personne.

(294) Paul, l. 27, § 2, *De pactis*, II, 14.

traire, insuffisant pour faire disparaître le terme concédé au moment de la naissance de l'obligation. Si, par exemple, Primus a stipulé à terme de Secundus, il ne saurait se contenter d'un simple pacte pour acquérir le droit d'exercer immédiatement des poursuites ; car le simple pacte ne produit pas d'action, et il commettrait une *plus petitio* en agissant avant le terme fixé par le contrat.

§ 3. — *Changement dans la condition.*

132. — La novation peut également s'opérer, lorsque les parties ont ajouté ou retranché une condition. *Si forte conditio adjiciatur aut detrahatur* (295). Il y a là une stipulation valable dont la formule renferme *aliquid novi* au moment où elle intervient, et cela suffit pour que la novation puisse s'opérer. Occupons-nous d'abord de la novation d'une obligation conditionnelle par une obligation pure et simple.

Les parties pouvaient sans doute maintenir dans la seconde stipulation la condition dont était affectée la première, pourvu d'ailleurs que cette seconde stipulation renfermât quelqu'autre élément nouveau. Mais nous supposons en ce moment qu'elles ont supprimé cette modalité et stipulé purement et simplement ce qui était dû sous condition. Nous ne pouvons plus répéter ici ce que nous avons dit de la novation opérée par la suppression d'un terme, et cette différence de solution se justifie par la différence même qui existe entre le terme et la condition. Le terme a pour effet de retarder l'échéance de l'obligation ; mais l'obligation elle-même existe dès aujourd'hui. Il en résulte que le terme qui affectait la première obligation n'affecte pas la novation elle-même. Au contraire, le débiteur sous condition n'est pas actuellement obligé ; c'est l'existence même de la dette qui est tenue en suspens par la condition. Il en résulte que la novation elle-même est conditionnelle, puisqu'il n'y a pas encore de première

(295) Gaius, III, 177.

obligation, et qu'il ne saurait y avoir novation là où il n'y a pas de dette à éteindre. Il faut que la première obligation prenne naissance avant de pouvoir être éteinte par la stipulation, et elle ne saurait naître avant l'arrivée de la condition. Supposons donc que la condition vienne à se réaliser, et aussitôt nous allons voir deux effets se produire. La première stipulation produira ses effets ; le débiteur sera obligé ; mais son obligation, en même temps qu'elle prendra naissance, se trouvera remplacée par la nouvelle obligation et éteinte par novation. *Etenim existens conditio primam stipulationem committit commissamque in secundam transfert* (296).

133. — L'obligation conditionnelle ne se forme définitivement qu'au moment où la condition s'accomplit. Il faut donc qu'à ce moment tous les éléments nécessaires pour l'existence de la première obligation se trouvent réunis ; autrement, cette obligation n'aurait pu être éteinte, puisqu'elle n'aurait jamais pu prendre naissance, et dès lors il ne saurait être question de novation. Il en résulte que si l'esclave qui faisait l'objet de la première obligation vient à périr par cas fortuit *pendente conditione*, l'obligation ne peut plus naître faute d'objet, et par conséquent ne peut plus être novée (297).

Il faut aussi la présence d'un débiteur capable d'être obligé, pour que la première obligation soit créée et que la seconde lui soit substituée. Ulpien fait une application de cette règle dans la loi 14, § 1^{er}, à notre titre, où il nous dit que la novation ne pourra s'effectuer si elle concerne une dette conditionnelle, et que le débiteur vienne à subir la déportation avant la réalisation de la condition. On ne voyait plus en lui une personne obligée même naturellement, ce qui aurait suffi pour opérer novation. Il en serait autrement si le promettant venait à mourir *pendente*

(296) Ulpien, l. 14, § 1^{er}, *h. tit.*

(297) Paul, l. 8, pr., *De periculo et com. rei vend.*, XVIII, 6. — Ulpien, l. 14, pr., *h. tit.*

conditione ; car il y aurait alors une personne sur la tête de laquelle l'obligation pourrait prendre naissance (298).

134. — On pourrait être tenté d'expliquer la possibilité de la novation d'une dette conditionnelle, en faisant observer que la condition a un effet rétroactif, et que dès lors il n'y a pas eu absence de la matière essentielle à toute novation, c'est-à-dire qu'il y a eu une obligation à nover au moment où est intervenue la stipulation *novandi causâ*. Cette considération exacte en elle-même nous paraît, au contraire, inexacte en tant que l'on voudrait rattacher à l'idée de rétroactivité la possibilité de la novation dont il s'agit. Ce qui le prouve, c'est que la novation est encore possible dans des cas où cette explication ferait défaut, comme dans la matière des legs (299) où la condition ne rétroagit pas comme celle qui a été insérée dans un contrat. La novation, nous l'avons vu (V. *suprà* n^{os} 16 et 17), peut même s'appliquer à des obligations qui doivent naître d'un contrat non encore formé, c'est-à-dire dans des cas où la fiction de rétroactivité ne saurait trouver place. La novation suppose sans doute une dette à éteindre ; mais il ne faut pas en conclure qu'elle ne pourra s'appliquer qu'à une dette déjà existante. On peut nover une obligation conditionnelle, comme on peut nover une obligation future : la novation reste en suspens tant que l'obligation à éteindre n'existe pas réellement ; mais à ce moment deux effets se produisent : l'obligation future ou conditionnelle prend naissance, pour être immédiatement éteinte par l'effet de la stipulation qui l'avait précédée.

135. — Quelle utilité les parties trouvent-elles donc dans une telle novation ? Pour que la novation s'opère il faut que la condition se réalise, et alors la première obligation disparaît pour faire place à la seconde. Mais il n'y a rien de changé dans la position des parties, puisque le débiteur aurait été tenu de la

(298) Pomponius, l. 24, *h. tit.* — V. *infra*, n^o 143.

(299) Ulpian, l. 8, § 1^{er}, *h. tit.*

première obligation, quand même il n'y aurait pas eu novation.

Cette opération n'est cependant pas sans utilité pour les parties. Cela est évident quand à l'élément nouveau que nous supposons dans la stipulation, vient encore se joindre un changement dans les personnes. La novation peut aussi avoir de l'utilité dans l'hypothèse où la stipulation a été faite par des personnes déjà parties au premier contrat. C'est ce qui arriverait notamment, si à une obligation naturelle se trouvait substituée une obligation civile, ou réciproquement. Il y aurait également intérêt, si la première dette avait été contractée par plusieurs *correi*, ou envers plusieurs *correi*. La stipulation faite par un des *correi promittendi* aurait, en effet, pour résultat de libérer les autres (300). De même, la promesse qui serait faite à l'un des *correi stipulandi* aurait pour résultat d'éteindre le droit des autres créanciers, du moins dans l'opinion de Vénuléius (301) qui nous paraît, comme nous l'avons dit, la plus conforme aux vrais principes et à l'ensemble des décisions admises par les jurisconsultes (V. *suprà*, n^{os} 123 et 124).

136. — Jusqu'ici, nous avons toujours raisonné dans l'hypothèse où la condition n'affecterait pas seulement la novation elle-même, c'est-à-dire l'effet extinctif de la *stipulatio debiti*, mais encore son effet positif. En d'autres termes, nous avons supposé que la seconde obligation était soumise à la même condition, et que la réalisation de cette condition, nécessaire pour opérer novation, l'était également pour obliger le débiteur en vertu de la seconde stipulation. On peut se demander si un tel résultat est bien conforme à l'intention des parties, et s'il est commandé par les véritables principes en matière de stipulation. Primus stipule de Secundus la chose même que ce dernier lui devait déjà sous condition. N'est-il pas évident, ne doit-on pas du moins présumer que Secundus, en s'obligeant à nouveau

(300) Africain, l. 20, *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1.

(301) L. 31, § 1^{er}, *h. tit.*

purement et simplement, a entendu faire remise au créancier des chances de la non arrivée de la condition, soit par esprit de libéralité, soit en considération de quelque avantage procuré par le créancier ? En d'autres termes, n'est-il pas à présumer que les parties ont entendu substituer définitivement une obligation pure et simple à une obligation qui jusque là était subordonnée à la réalisation incertaine d'une condition ?

Telle est, en effet, la présomption qu'il faut admettre, et l'intention des parties pourra, croyons-nous, recevoir satisfaction dans la pratique. Quand Primus stipule de Secundus purement et simplement ce qui lui était dû sous condition, cette stipulation est sans doute conditionnelle en ce qui concerne la novation, quant à l'effet extinctif ; mais elle ne l'est pas en ce qui concerne l'obligation nouvelle, quant à l'effet positif. L'ancienne créance ne peut être novée que si la condition vient à s'accomplir ; mais la nouvelle créance a pu immédiatement prendre naissance, car une stipulation peut fort bien créer une obligation sans en éteindre aucune (302) (V. *suprà*, n^{os} 12 à 15).

En résumé, nous pensons que les parties, dans notre hypothèse, réussiront toujours à remplacer une simple chance par une certitude. Le créancier pourra agir en vertu de la nouvelle stipulation, peu importe que la condition qui affectait la première créance vienne ou non à se réaliser, sauf à se voir repousser par l'exception de dol, s'il manquait à sa parole et prétendait se prévaloir d'un droit dont l'existence, dans l'intention des parties, aurait été subordonnée à la même condition que l'extinction de la première obligation.

L'opération dont il s'agit présentera donc un intérêt bien plus considérable que celui que nous indiquions il y a un instant, puisque la nouvelle obligation sera définitive et vraiment pure et simple, au lieu d'être en réalité conditionnelle.

137. — La novation peut également s'opérer par l'adjonction

(302) Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 691.

d'une condition. *Fortè si conditio adjiciatur* (302 bis). Les parties se proposent de substituer à une obligation pure et simple, une obligation subordonnée à l'événement d'une condition. La condition, avons-nous dit, suspend l'existence même de l'obligation qu'elle affecte. Il en résulte que le droit que la stipulation a pour but de créer n'existe pas encore, et la première obligation continue de subsister. Pour qu'elle s'éteigne et que la novation s'opère, il faut que la condition arrive. La stipulation est donc impuissante à nover, comme elle l'est à obliger ; la condition tient en suspens la novation, c'est-à-dire l'effet extinctif de la *stipulatio debiti*, en même temps qu'elle rend incertaine la création de la nouvelle obligation, c'est-à-dire l'effet positif de la *stipulatio debiti*. *Quod autem diximus, si conditio adjiciatur novationem fieri, sic intelligi oportet ut ita dicamus factam novationem, si conditio extiterit : alioquin si defecerit, durat prior obligatio* (303).

138. — Toutefois, cette doctrine n'avait pas été admise sans controverse. Gaius (304) nous rapporte, en effet, que Servius Sulpicius, dont l'opinion avait sans doute fait autorité, pensait, au contraire, que la novation devait se produire immédiatement, de telle sorte que si la condition venait à ne pas se réaliser, le créancier perdait son droit et ne pouvait agir, ni en vertu de la première créance qui avait été éteinte, ni en vertu de la nouvelle stipulation qui n'avait pu produire son effet. Servius Sulpicius tirait ainsi des conséquences extrêmes du principe que l'effet extinctif de la stipulation *novandi causâ* est indépendant de la valeur de cette stipulation. Il décidait que la stipulation conditionnelle emportait immédiatement novation, comme il admettait la possibilité de nover par la stipulation faite avec un

(302 bis) Gaius, III, 177.

(303) Gaius, III, 179. — Ulpien, l. 8, § 1^{er}; l. 14, pr., *h. tit.* — *Inst.*, III, 29, § 3.

(304) C. III, *loc. cit.*

esclave. La stipulation conditionnelle ne procure pas sans doute une créance actuelle ; mais elle fait naître dès aujourd'hui une espérance au profit du stipulant. Cette stipulation est d'ailleurs parfaitement régulière dans sa forme, et cela suffit pour qu'elle ait la puissance d'opérer novation. Ce résultat n'est-il pas du reste tout à fait conforme à la volonté des parties ? En stipulant de Secundus sous condition ce qu'il lui devait purement et simplement, Primus n'a-t-il pas entendu se départir immédiatement et d'une manière définitive de son ancien droit, pour le remplacer par un droit subordonné à la réalisation de la condition ?

139. — Tel était peut-être le raisonnement de Servius Sulpicius ; telles étaient les considérations pratiques que l'on pouvait faire valoir à l'appui de sa doctrine. Tout autre était le langage de Gaius. S'il refusait d'admettre la novation, c'était sans doute une question de forme, c'était parce qu'il ne reconnaissait une existence juridique à la formule de la stipulation que du jour où la condition s'était accomplie. En appliquant d'ailleurs le système de Servius Sulpicius à toute *stipulatio debiti* conditionnelle, n'était-on pas exposé à consacrer souvent un résultat tout à fait contraire à l'intention des contractants ? Lorsque Secundus vient promettre sous condition à Tertius les mille sesterces qui lui étaient dus par Primus, ne peut-on pas interpréter l'intention des parties en ce sens que Tertius n'a entendu abandonner sa première créance que pour le cas où la condition mise à la seconde viendrait à se réaliser ?

La doctrine de Gaius avait sans doute son côté faible ; elle était de nature à froisser dans certains cas l'intention des parties, alors surtout que la novation avait lieu *inter diversas personas* ; mais c'était là une question de fait. Ici, il s'agissait, au contraire, d'une question de droit qui devait être résolue d'après un principe unique et absolu. Nous verrons d'ailleurs que ce qu'il y avait de rigoureux dans l'opinion de Gaius était corrigé par le droit prétorien, et que l'intention des parties pouvait recevoir pleine et entière satisfaction, sinon *ipso jure*, du moins *per exceptionem*.

140. — Attachons-nous donc désormais à la doctrine qui avait prévalu au temps de Gaius, d'après laquelle la stipulation conditionnelle n'opère pas immédiatement novation, mais seulement lorsque la condition vient à se réaliser. De ce principe il résulte que les éléments nécessaires pour que la novation puisse s'opérer, doivent se trouver réunis au jour de l'arrivée de la condition. Si donc l'objet de la stipulation vient à périr par cas fortuit *pendente conditione*, la novation ne pourra produire ses effets. Primus stipule de Secundus sous condition l'esclave que celui-ci lui devait purement et simplement. Si la condition arrive après la mort de l'esclave, la première obligation est éteinte et la seconde ne peut plus naître faute d'objet : il ne saurait donc être question de novation. *Et ideo, si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente conditione decesserit, nec novatio continget ; quia non subest res eo tempore quo conditio impletur* (305).

141. — Mais faudra-t-il donner la même solution, si l'objet vient à périr *pendente conditione*, après la mise en demeure du débiteur ? Après avoir constitué Secundus en demeure, Primus a stipulé de lui sous condition l'esclave Stichus. L'esclave meurt *pendente conditione*, et la condition vient ensuite à se réaliser : la novation pourra-t-elle produire son effet ?

Cette question suppose résolue une autre question que nous examinerons dans un instant. La stipulation conditionnelle *novandi causâ* a-t-elle pour résultat de purger la demeure du débiteur ? Si, en effet, on admet avec certains jurisconsultes que la demeure se trouve purgée, la première obligation est éteinte par la perte de l'objet dû, et la novation ne peut plus s'opérer.

D'autres jurisconsultes pensaient, au contraire, que la demeure subsistait, malgré la stipulation conditionnelle ; mais, tout en admettant cette opinion, ils ne paraissaient pas d'accord sur la solution à donner à la question que nous venons de poser.

(305) Ulpien, l. 14, pr., Véntuléius, l. 31, pr., *h. tit.*

Vénuléius (306) décide qu'il y aura novation, c'est-à-dire qu'il y aura obligation en vertu de la stipulation dont la condition vient à se réaliser. Cette obligation ne peut plus avoir pour objet l'esclave lui-même, puisqu'il est mort ; mais elle portera sur la valeur de l'esclave qui est encore due, puisque la demeure a eu pour effet de mettre cet esclave aux risques du débiteur, et que la demeure n'a pas été purgée par la stipulation conditionnelle *novandi causâ*. La première obligation a donc été perpétuée par suite de la demeure, et, d'autre part, la seconde obligation peut prendre naissance ; car elle a pour objet, sinon la chose elle-même, du moins la valeur de cette chose qui lui a été substituée comme objet juridique, et qui peut, à ce titre, passer dans la seconde obligation.

Julien (307), comme Vénuléius, admet que la demeure n'a pas été purgée par la stipulation conditionnelle ; mais il décide en même temps que toute espérance de novation est perdue, la seconde obligation ne pouvant plus naître faute d'objet, et, en conséquence, il veut que la première obligation devienne immédiatement exigible. Le premier débiteur peut bien encore être tenu par suite de la demeure ; mais il ne peut plus y avoir novation, parce que le second élément nécessaire, l'obligation nouvelle, ne peut plus se former. Qu'a promis, en effet, le second débiteur ? L'esclave Stichus. Or, cet esclave n'existe plus au jour où la condition se réalise, *desinit esse res in quam Seius obligaretur*. La demeure peut bien avoir pour effet de perpétuer la première obligation ; mais la formation de la seconde n'en devient pas moins impossible ; car ce qui a été stipulé, ce ne sont pas les dommages-intérêts, mais la chose elle-même qui a cessé d'exister.

Il est vrai que Vénuléius se place dans l'hypothèse de deux stipulations faites avec le même débiteur, tandis que Julien sup-

(306) Vénuléius, *loc. cit.*

(307) L. 56, § 8, *De verb. oblig.*, XLV, 1.

pose l'intervention d'un nouveau débiteur. Nous pensons néanmoins que cette circonstance ne suffit pas pour justifier la différence de solution, et qu'il faut reconnaître l'existence d'un désaccord entre les jurisconsultes romains sur la question que nous venons d'examiner. Alors même que la seconde promesse aurait été faite par un autre débiteur, il était toujours vrai de dire, dans l'opinion de Vénuléius, que l'objet juridique de la première obligation continuait d'exister, et que les dommages-intérêts pouvaient prendre la place de la chose elle-même, en tant qu'objet de la nouvelle obligation. Réciproquement, en supposant la stipulation faite avec le même débiteur, il était toujours vrai de dire, dans le système de Julien, que la seconde obligation ne pouvait plus se former, puisque l'objet déduit dans la stipulation avait cessé d'exister.

142. — Remarquons, en terminant sur cette question, que l'extinction de la première dette *pendente conditione* n'empêcherait pas la seconde obligation de prendre naissance, si l'objet de la stipulation existait encore au moment où la condition se réalise. J'ai stipulé de Secundus sous condition l'esclave que Primus me devait purement et simplement, et *pendente conditione* je fais acceptilation à Primus. Le premier débiteur se trouve sans doute libéré; mais rien n'empêche la seconde obligation de prendre naissance, puisque l'esclave existe encore, et que Secundus doit être obligé si la condition vient à se réaliser (308).

143. — Pour que la novation puisse s'opérer, il faut, avons-nous dit, que les éléments nécessaires se trouvent réunis au jour de l'arrivée de la condition; il faut qu'une obligation soit éteinte et qu'une nouvelle obligation prenne naissance. Il en résulte que la novation ne pourra plus avoir lieu, si celui qui a promis sous condition est incapable d'être obligé au moment où la condition se réalise. *Non est persona quæ obligetur* (309). Il

(308) Julien, *loc. cit.*, *in fine*.

(309) Ulpien, l. 14, § 1^{er}, *h. tit.*

en serait autrement si le promettant était mort *pendente conditione*, bien que la condition se fût accomplie avant l'addition d'hérédité. Sans doute, au moment où la condition s'accomplit la personne du débiteur a disparu et n'est pas encore remplacée par celle de l'héritier ; mais la stipulation peut néanmoins produire son effet en vertu de la fiction célèbre : *Hereditas personam sustinet* (310).

Quelle est cette personne ? Est-ce celle de l'héritier ou celle du défunt ? Ce serait sortir de notre sujet que d'entrer dans l'examen de cette question. Contentons-nous de dire que la maxime : *Hereditas personam defuncti sustinet*, établie par un certain nombre de textes (311), avait fini par prévaloir comme règle générale. La doctrine contraire semble avoir été professée par Pomponius dans la loi 24, à notre titre, dont nous nous occupons en ce moment. On a cherché à corriger ce texte en lisant, conformément au texte de la Vulgate : *Stipulatio transit ad heredem illius cujus personam interim hereditas sustinet* (312). Quoi qu'il en soit, la solution que nous avons donnée reste toujours vraie : la mort du promettant *pendente conditione* ne fait pas tomber la stipulation, alors même que la condition arriverait avant l'addition d'hérédité ; il y a un débiteur, *est persona quæ obligetur*.

144. — Si l'on envisage les résultats de la *stipulatio debiti* conditionnelle, on peut se demander si cette novation n'est pas une pure chimère, et quel intérêt les parties peuvent y trouver. En effet, ou bien la condition se réalisera, ou bien elle viendra à défaillir : dans le premier cas, l'objet sera dû en vertu de la seconde stipulation ; dans le second cas la novation ne pourra

(310) Pomponius, l. 24, *h. tit.*

(311) Gaius, l. 31, § 1^{er}, *De hered. insti.*, XXVIII, 5. — Florentinus, l. 116, § 3, *De legat.* 1^o, XXX. — Ulpien, l. 34, *De acqui. rerum dom.*, XLI, 1. — *Inst.*, II, 14, § 2 ; III, 17, pr.

(312) De Savigny, *Droit romain*, t. II, p. 355, note e.

s'opérer et le même objet sera dû en vertu de la première obligation.

Remarquons tout d'abord que la novation peut avoir lieu par changement de débiteur ou de créancier ; elle peut renfermer un changement dans la cause de l'obligation ; une dette naturelle peut être substituée à une dette civile, ou réciproquement ; la valeur pécuniaire de la chose a pu, du moins à partir d'une certaine époque, être substituée à la chose elle-même ; la seconde créance peut être garantie d'une manière plus efficace que la première. Dans toutes ces hypothèses il y a un véritable intérêt à savoir si la novation s'opérera ou non, si la première obligation subsistera ou si elle sera remplacée par la seconde.

En supposant même qu'aucune de ces circonstances ne se rencontre, la novation ne serait pas encore dépourvue d'intérêt. Il se peut, par exemple, que la seconde stipulation ait été faite avec l'un des *correi promittendi*, auquel cas la réalisation de la condition aura pour résultat d'éteindre l'obligation des autres *correi*. A l'inverse, il se peut qu'elle ait été faite par l'un des *correi stipulandi*, auquel cas la novation aura pour effet d'éteindre le droit de tous les autres créanciers, du moins dans le système de Vénuléius. Remarquons d'ailleurs que les parties, tout en faisant un contrat absolument semblable au premier, n'en auront pas moins fait un contrat nouveau, puisque l'obligation aura une date différente de la première. Or, il peut y avoir grand intérêt à connaître la date d'une obligation. Cet intérêt existera, notamment, en ce qui concerne les fruits déjà dus et les intérêts déjà échus au jour de la *stipulatio debiti* conditionnelle, comme nous le verrons en parlant des effets de cette stipulation au point de vue de la demeure antérieure du débiteur.

145. — Tout ce que nous venons de dire s'entend d'une véritable stipulation conditionnelle, c'est-à-dire d'une obligation subordonnée à un événement futur et incertain. Il n'y aurait donc pas de stipulation conditionnelle, si les parties avaient

subordonné l'existence de l'obligation à un fait qui se rapportait au présent ou au passé, mais sur l'arrivée duquel elles n'étaient pas fixées. Il en serait de même si la condition pouvait être considérée comme immédiatement accomplie, ou comme devant nécessairement s'accomplir à une époque indéterminée. C'est ce qui arriverait notamment, si la condition était ainsi formulée : *Si in cœlum non ascenderis*, ou bien si le fait mis en condition consistait dans la mort d'un tiers. Dans le premier cas, la stipulation serait considérée comme pure et simple (313) ; dans le second cas, il y aurait obligation à terme incertain. *Qui sub conditione stipulatur quæ omnimodo extatura est, pure videtur stipulari* (314). Dans les deux cas la novation, c'est-à-dire l'effet extinctif de la *stipulatio debiti*, s'opérera immédiatement ; dans le second cas seulement, l'exécution de la nouvelle obligation ne pourra être poursuivie avant l'échéance du terme.

Il suffit d'ailleurs que la condition porte sur un événement futur et incertain, peu importe qu'elle soit expresse ou tacite. C'est ainsi qu'une stipulation *dotis causâ* est naturellement présumée faite sous la condition : *si nuptiæ sequantur* (315.)

146. — Jusqu'ici nous nous sommes toujours placé dans l'hypothèse de la réalisation de la condition apposée à la *stipulatio debiti*. Pour que la novation puisse s'opérer il faut que la condition arrive ; il faut qu'au moment de son arrivée les parties soient capables, et que la chose due existe encore. Mais on peut supposer que la condition est encore en suspens, ou bien, au contraire, qu'elle est venue à défaillir. Dans ces deux hypothèses il ne peut sans doute être question de novation ; dans la première, parce qu'elle n'a pas pu encore produire ses effets ; dans la seconde, parce qu'elle ne peut plus désormais s'opérer, puisque la seconde obligation ne peut plus prendre naissance : cependant

(313) Ulpien, l. 7, *De verb. oblig.*, XLV, 1.

(314) Ulpien, l. 9, § 1^{er}, *h. tit.* ; l. 18. Dig., *De conduct. indebi.*, XII, 6.

(315) *Eod.*, l. 21, *De jure dotium*, XXIII, 3.

nous allons examiner successivement ces deux hypothèses ; car dans l'une et l'autre on peut se demander quels sont sur l'obligation antérieure les effets de la stipulation conditionnelle *novandi causâ*.

Notre première question peut donc se formuler ainsi : La stipulation conditionnelle n'apporte-t-elle par elle-même aucune modification à la situation antérieure des parties ?

147. — Cette stipulation apporte d'abord une modification à l'état de chose antérieur, en ce sens que le créancier ne pourra plus valablement intenter son action en vertu du premier contrat, tant que la condition restera en suspens. J'ai stipulé de Primus sous condition l'esclave Stichus qu'il me devait purement et simplement. *Pendente conditione* j'exerce des poursuites contre Primus. Selon la rigueur des principes mon droit primitif subsiste tant qu'il n'est pas éteint par l'effet de la novation ; mais mon action ne pourra pas aboutir et sera repoussée à l'aide d'une exception. Qu'ai-je voulu, en effet, en stipulant sous condition ce qui m'était dû déjà purement et simplement ? De deux choses l'une : ou bien j'ai entendu renoncer définitivement à ma première créance, et alors je ne pourrai plus réclamer l'esclave qu'autant que la condition viendra à se réaliser ; ou bien je n'ai pas entendu renoncer définitivement à mon droit primitif ; mais j'ai tout au moins voulu suspendre l'exercice de mon action *pendente conditione*. Mon débiteur sera tenu certainement en vertu de la première ou de la seconde stipulation ; mais nous ne savons encore en vertu de laquelle. Son obligation, de pure et simple qu'elle était, se trouve immédiatement transformée en une obligation à terme incertain. Si donc je n'ai pas voulu renoncer définitivement à mon droit ancien, du moins j'ai certainement entendu suspendre l'exercice de mon action, et le débiteur, se fondant sur cette convention, pourra paralyser mon action *exceptionis ope*.

Cette solution est en effet consacrée par Javolénus, dans une hypothèse où il s'agissait d'une novation par changement de

créancier. *Pendente autem causâ conditionis, idem petere non possum, quoniam cum incertum sit an ex eâ stipulatione deberi possit, ante tempus petere videor* (316). Il résulte toutefois de ce texte que le créancier devrait être repoussé dans son action, comme ayant commis une *plus petitio tempore*. Il nous semble cependant qu'il serait plus conforme aux principes d'admettre la nécessité d'une exception, car *ipso jure* le débiteur reste tenu envers le premier créancier. Celui-ci ne doit perdre son droit qu'autant que la condition viendra à se réaliser, et cela en vertu d'une convention faite après coup.

148. — La stipulation conditionnelle aura aussi pour effet de permettre au débiteur qui aurait payé par erreur, d'exercer la *condictio indebiti*. J'ai stipulé sous condition de Secundus les mille sesterces que Primus me devait purement et simplement. *Pendente conditione* Primus me paie par erreur les mille sesterces. Il pourra répéter la somme payée par la *condictio indebiti*; car il n'est pas certain qu'il sera débiteur de mille sesterces (317). Tant que la condition est en suspens il ne peut opposer qu'une exception temporaire; mais il sera libéré définitivement si la condition vient à se réaliser.

Cette solution n'avait pas cependant été admise par tous les jurisconsultes, alors du moins que la stipulation conditionnelle avait été faite *inter easdem personas*. Paul (318), après avoir constaté qu'elle était généralement reçue, la repousse cependant dans l'hypothèse dont il s'agit. Le jurisconsulte pense qu'on ne peut confondre ce cas avec celui où la stipulation conditionnelle est faite avec un nouveau débiteur. Dans ce dernier cas, on ne sait pas quel sera le débiteur définitif; tandis que dans l'autre il est certain dès aujourd'hui que le débiteur sera tenu, soit que la condition arrive, soit qu'elle vienne à faire défaut. On ignore

(316) L. 36, Dig., *De reb. cred.*, XII, 1.

(317) Paul, l. 60, § 1^{er}, Dig., *De condict. indeb.*, XII, 6.

(318) *Eod. loc.*

seulement s'il sera tenu en vertu de la première ou de la seconde obligation.

Cette opinion, comme le constate Paul lui-même, n'était pas la plus généralement admise, et elle paraît d'ailleurs inconciliable avec la théorie de Gaius sur les effets de la stipulation conditionnelle, lorsque la condition vient à faire défaut. Nous verrons en effet que, dans ce cas, Gaius (319) accordait une exception au débiteur pour repousser l'action du stipulant. Il en résulte que le débiteur peut répéter ce qu'il a payé par erreur *pendente conditione* ; car il n'est tenu que conditionnellement en vertu de la seconde stipulation, et si la condition fait défaut, l'action née du premier contrat se trouvera paralysée par une exception perpétuelle (320), introduite dans le but de protéger le débiteur (321).

149. — La première obligation ne peut plus désormais donner lieu à une mise en demeure. C'est là encore un effet de la stipulation conditionnelle. Cette impossibilité découle d'ailleurs elle-même d'un autre effet que nous avons déjà signalé, à savoir que le créancier n'est plus reçu à demander l'exécution de la première obligation. En stipulant sous condition *novandi causâ*, le créancier a entendu renoncer à son droit primitif, ou tout au moins en suspendre l'exercice *pendente conditione*. Il ne peut donc plus introduire une demande en vertu du premier contrat, ou du moins sa demande peut être paralysée par une exception. Comme conséquence, le débiteur ne peut plus *pendente conditione* être interpellé et mis en demeure. *Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est* (322). — *Non enim in morâ est is a quo pecunia propter exceptionem peti non potest* (323).

(319) C. III, 179.

(320) Gaius, IV, 121. — *Inst.*, IV, 13, § 9.

(321) Ulpien, l. 26, § 3, Dig., *De conduct. indeb.*, XII, 6.

(322) Scaevola, l. 127, *De verb. oblig.*, XLV, 1. — L. 88, *De reg. jur.*, L, 17.

(323) Paul, l. 40, Dig., *De reb. cred.*, XII, 1.

Cette solution n'est-elle pas contredite par Julien, dans la loi 56, § 8, livre XLV, titre 1^{er}, *De verb. obligationibus*? Ce texte, à notre avis, prévoit bien l'hypothèse d'une stipulation *novandi causâ*; mais il ne contredit en rien la solution que nous avons donnée. L'esclave que j'avais stipulé purement et simplement de Titius, Séius me l'a promis sous condition. Cet esclave est mort *pendente conditione* depuis la mise en demeure de Titius. Je pourrai aussitôt poursuivre Titius, et Séius ne sera pas obligé quand même la condition viendrait à se réaliser. Cujas (323 bis) en conclut que Titius a pu être mis en demeure et poursuivi *pendente conditione*. La stipulation conditionnelle est intervenue *ante moram debitoris* et non *post moram debitoris*. On peut ainsi concilier ce texte avec d'autres que nous examinerons, et desquels il résulte que la stipulation conditionnelle a pour effet de purger la demeure du débiteur. Si dans la loi 56 la demeure n'a pas été purgée par la stipulation conditionnelle, c'est que la demeure n'existait pas encore, c'est que la demeure est postérieure à cette stipulation.

Cette interprétation serait exacte sans doute, s'il fallait partir du principe que la stipulation conditionnelle a pour effet de purger la demeure du débiteur. Il faudrait alors admettre que la demeure est postérieure à la stipulation, puisque le texte suppose que le premier débiteur reste tenu des effets de la *mora*. Mais ce principe n'était pas admis par tous les jurisconsultes, comme nous le verrons un peu plus loin. Il est donc permis de supposer que Julien était d'une opinion contraire, et admettait que la demeure subsistait après la stipulation conditionnelle. Non-seulement cette interprétation est permise, mais elle nous paraît encore commandée par cette règle que nous avons posée, à savoir que la mise en demeure est impossible lorsque le créancier ne peut utilement exercer une action. Comment, après avoir

stipulé sous condition de Séius ce que me devait Titius, pourrais-je encore mettre Titius en demeure d'exécuter son obligation, puisque j'ai entendu, sinon renoncer définitivement à mon droit primitif, du moins en suspendre l'exercice *pendente conditione* ? C'est bien ce qui résulte de la loi 36, livre XII, titre 1^{er}, *De rebus creditis*, que nous avons déjà citée : *Pendente autem causâ conditionis, idem petere non possum*.

Dans cette loi, il est vrai, Javolénus prévoit le cas d'une novation par changement de créancier, tandis que dans la loi 56 il s'agit d'un changement de débiteur ; mais quelle raison sérieuse pourrait-il y avoir de distinguer entre ces deux hypothèses ? Qu'importe que les deux parties soient les mêmes, que le créancier ou le débiteur soit changé : dans tous les cas l'action est retardée ; *pendente conditione* la poursuite ne peut plus aboutir, et, par conséquent, la mise en demeure est devenue également impossible.

150. — Nous avons vu, en parlant des effets de la novation en général, que la *stipulatio debiti* a pour résultat de purger la demeure pour l'avenir, et même de faire disparaître, en principe, les effets qu'elle avait déjà produits dans le passé. Faut-il encore donner la même solution lorsque la stipulation *novandi causâ* est conditionnelle ? J'ai stipulé de Primus un esclave purement et simplement et je le constitue en demeure. Je stipule ensuite le même esclave de Primus ou d'un autre débiteur ; il y a eu intention de nover et novation conditionnelle. L'esclave vient à mourir *pendente conditione*. Primus sera-t-il encore tenu de la valeur de l'esclave ou pourra-t-il prétendre, au contraire, que les risques ont cessé d'être à sa charge par l'effet de la nouvelle stipulation ? Les textes nous offrent sur ce point des solutions contradictoires.

Si hominem quem a Titio pure stipulatus fueram, Seius mihi sub conditione promiserit, et is pendente conditione post moram Titii decesserit, confestim cum Titio agere potero, nec Seius existente conditione obligetur ; at si Titio acceptum fecis-

sem, Seius existente conditione obligari potest. Idcirco hæc tam varie, quod homine mortuo desinit esse res in quam Seius obligaretur: acceptilatione interpositâ superest homo quem Seius promiserat (324).

Julien suppose que j'ai stipulé un esclave de Titius, puis que je l'ai stipulé ensuite de Séius sous condition. Le jurisconsulte prévoit alors deux hypothèses : il peut se faire que *pendente conditione* je fasse acceptilation à Titius ; ce débiteur est alors libéré ; mais Séius sera tenu à l'arrivée de la condition, car l'esclave existe toujours. Il se peut aussi que l'esclave meure après la demeure et *pendente conditione* ; dans ce cas, Titius reste tenu malgré la perte de l'esclave, et l'obligation de Séius ne peut plus naître faute d'objet. Titius est responsable des cas fortuits, bien qu'il y ait eu stipulation conditionnelle, et je peux agir de suite pour réclamer la valeur de l'esclave. La demeure n'a donc pas été purgée ; il n'y a pas encore extinction de la première obligation et dès lors elle doit produire tous ses effets.

La même solution est également donnée par Vénuléius (325) :

Ideoque, si hominem mihi dare te oporteat, et in morâ fueris quominus dares, etiam defuncto eo teneris, et si priusquam decederet, cum jam mora facta sit, eundem a te sub conditione stipulatus fuero, et servus postea decesserit, deinde conditio extiterit, cum jam ex stipulatu obligatus es mihi ; novatio quoque fiet.

Le jurisconsulte pose d'abord le principe que l'objet de la dette doit encore exister au jour de l'arrivée de la condition, pour que la novation puisse s'opérer ; mais il en serait autrement si la perte était imputable au débiteur. Si vous m'avez promis un esclave, et que vous soyez en demeure de me le livrer, la mort de cet esclave ne vous libérera pas, et si avant cet événement j'ai stipulé de vous le même esclave sous condition, puis que la

(324) Julien, l. 56, § 8, XLV, 1.

(325) L. 31, pr., h. tit.

condition vienne à se réaliser, la novation produira ses effets, car votre obligation a été perpétuée et vous étiez tenu *ex stipulatu*. Le débiteur est donc obligé, peu importe que la condition arrive ou n'arrive pas. Tant que cette condition est en suspens la première obligation produit ses effets. Si elle s'accomplit, le débiteur est tenu de la seconde obligation ; et si elle n'arrive pas, la première a toujours existé. La stipulation conditionnelle *novandi causâ* n'a donc pas eu pour effet de purger la demeure. Il faut que l'extinction de la première obligation et la création de la seconde soit concomitantes ; dès lors, il est logique de décider que la première produit tous ses effets tant que la condition n'arrive pas.

151. — Cette solution est donc logique ; mais elle est contraire à l'intention des parties. En faisant la stipulation *novandi causâ*, le créancier montre qu'il veut renoncer à la première obligation si la condition arrive, ou qu'il consent au moins à ne pas se prévaloir de ses effets tant que la condition restera en suspens. D'autre part, la pensée du débiteur est qu'il ne sera pas tenu de la première obligation, au moins si la condition se réalise. Or, il perdrait le bénéfice de la novation, s'il pouvait être contraint de payer le montant de la première obligation ; car la novation ne pourrait plus se produire, puisqu'il y aurait déjà eu extinction de la première obligation par le paiement. La seconde obligation existe au moins en germes, et encore faut-il que le créancier ne puisse enlever au débiteur ce qu'il est en droit d'attendre de l'arrivée de la condition et de la novation qui peut s'opérer. Il faut donc au moins que la première obligation soit tenue en suspens. Il y a mauvaise foi à agir avant cette époque, et le débiteur poursuivi pourra opposer l'exception de dol ou *pacti conventi*. Il faut donc aussi que le débiteur ne puisse être inquiété quand l'esclave vient à périr ; car le créancier a renoncé à se prévaloir des effets de l'obligation primitive *pendente conditione*.

Voilà sans doute les motifs qui ont inspiré une autre opinion

que nous rencontrons dans plusieurs textes. Un des plus importants est la loi 72, livre XLVI, titre 3, *De solutionibus*, qui nous donne en détail la solution *in terminis*. Dans le paragraphe 1^{er}, Marcellus suppose qu'il y a stipulation de l'esclave, puis demeure, puis que l'esclave meurt *pendente conditione* après qu'il a été de nouveau promis sous condition. Il ne peut plus y avoir novation ; mais le débiteur reste-t-il tenu des cas fortuits malgré la nouvelle stipulation ? On ne peut plus dire que le débiteur est en retard ; car, en faisant une nouvelle promesse, il a par là même avoué son obligation. La promesse, bien que conditionnelle, n'en existe pas moins, et le créancier en l'acceptant s'est enlevé le droit d'imputer la demeure au débiteur. Le jurisconsulte compare ce cas à celui où le débiteur en demeure fait des offres qui purgent la demeure, et le déchargent de la responsabilité des cas fortuits. En les refusant le créancier met les risques à sa charge, et ce résultat doit être le même dans l'hypothèse qui nous occupe :

Sed in promptum contradictio est debitorem, cum stipulanti creditori sub conditione promisit, non videri in solutione hominis cessasse; nam verum est eum qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari.

Dans le paragraphe 2, le jurisconsulte se demande si la même solution doit être donnée dans le cas où la promesse serait faite par un tiers à l'insu du débiteur primitif, et il répond affirmativement. Le créancier a entendu laisser la chose au débiteur et prendre les risques à sa charge. Marcellus compare encore ce cas à celui où un tiers aurait offert au nom du débiteur un paiement qui aurait été refusé par le créancier :

Sed quid, si ignorante debitore ab alio creditor eum stipulatus est? Hic quoque existimandus est periculo debitor liberatus, quemadmodum si, quolibet nomine ejus servum offerente, stipulator accipere noluisse.

Dans le paragraphe 3, le jurisconsulte suppose qu'un esclave a été volé, et qu'il y a stipulation conditionnelle de tout ce qui est dû par le voleur. Le créancier accepte cette promesse et

décharge par là le voleur de la responsabilité des cas fortuits, comme s'il avait refusé l'offre de paiement qui lui aurait été faite :

Idem responsum est, si quis cum subreptus sibi servus esset, sub conditione stipulatus fuerit quidquid furem dare facere oportet; nam et fur conditione liberatur, si dominus oblatum sibi accipere noluit.

Cette comparaison avec l'offre de paiement ne serait pas toutefois exacte, et le même motif ne pourrait plus être donné, si l'esclave n'était pas présent et n'avait pu dès lors être offert au créancier. *Si tamen cum in provincia forte servus esset intercesserit stipulatio; et finge, priusquam facultatem ejus nancisceretur fur, vel promissor, decessisse servum; non poterit rationi quam supra reddidimus, locus esse; non enim obtulisse eum propter absentiam intelligi potest.*

Ulpien (326) pose en principe que lorsqu'on promet sous condition ce qui était dû purement et simplement, la novation n'a pas lieu immédiatement, de telle sorte qu'elle ne peut plus s'opérer si l'esclave promis vient à mourir *pendente conditione*. Il rapporte ensuite, sans la combattre, l'opinion de Marcellus d'après lequel la stipulation conditionnelle a pour effet de purger la demeure et de décharger le débiteur de la responsabilité des cas fortuits. *Unde Marcellus: etsi post moram Stichus in conditionalem obligationem deductus sit, purgari moram, nec in sequentem deduci obligationem putat.*

On a cité également un texte de Papinien (327) comme approuvant cette doctrine. Il ne le dit pas sans doute expressément; mais il en fait une application et admet que la demeure est purgée comme s'il y avait eu des offres. Il ne dit pas qu'il y a eu stipulation conditionnelle; mais il pose le principe d'une façon tellement large qu'on peut également l'appliquer à ce cas :

(326) L. 14, pr., *h. tit.*

(327) L. 17, *De conduct. furt.*, XIII, 1.

Parvi refert ad tollendam condictionem offeratur servus furtivus, an in aliud nomen aliumque statum obligationis transferatur.

Nous avons vu que Marcellus, dans la loi 72, livre XLVI, titre 3, ajoutait que la stipulation conditionnelle ne pouvait plus être comparée aux offres de paiement, si l'esclave n'était pas présent et n'avait pu dès lors être offert au créancier. Mais l'idée sur laquelle repose sa doctrine reste vraie dans tous les cas. Dès que le créancier veut bien se contenter d'une nouvelle promesse, peu importe que la chose soit présente ou non. Aussi, Papinien ne distingue pas selon que la chose due aurait pu ou non être offerte au moment de la nouvelle promesse : dans tous les cas il admet que la stipulation purge la demeure. *Nec me movet præsens homo fuerit necne, cum mora quæ eveniebat ex furto, veluti quâdam delegatione finiatur.*

152. — Les modernes ont voulu concilier ces deux opinions. Les uns ont dit qu'il s'agissait d'hypothèses différentes ; d'autres ont prétendu corriger les textes. Nous voulons seulement donner une idée des principaux systèmes qui ont été proposés.

Les uns ont dit que c'était là une question d'intention (327 bis). Les jurisconsultes qui admettent que la demeure est purgée par la stipulation conditionnelle *novandi causâ*, supposent en même temps que telle a été l'intention des parties. Mais les textes ne font aucune mention de cette intention particulière ; ils donnent cette solution comme une règle de droit sans la faire dépendre de la volonté des parties.

153. — On a voulu concilier ces textes d'une autre manière. Les uns supposent, en effet, que la seconde stipulation est faite avec le même débiteur (328), d'autres supposent qu'il y a inter-

(327 bis) *Glos. ad leg. 56, § 8, De verb. oblig. (Digest. novum, col. 963.).*
— Maynz, *Cours de droit romain*, t. II, p. 537, note 3.

(328) Vénuléius, l. 31, pr., *h. tit.* — Marcellus, l. 72, § 1^{er}, *De solut.*, XLVI, 3.

vention d'un nouveau débiteur (329). Dans le premier cas il n'y a aucune contradiction ; car les deux textes n'ont pas la même portée. La loi 72 dit sans doute que la stipulation conditionnelle purge la demeure ; mais la loi 31 ne dit pas le contraire. Elle ne parle pas spécialement de la demeure ; elle s'occupe seulement de la question de savoir si la novation peut ou non avoir lieu.

Aucun de ces deux textes n'est restreint à l'hypothèse qu'on veut lui faire régir. D'après la loi 72, la demeure est purgée et il ne peut plus y avoir novation. Au contraire, d'après la loi 31, le débiteur reste tenu des risques malgré la seconde stipulation et la novation pourra s'opérer à l'arrivée de la condition. Il y a donc opposition formelle entre ces deux textes.

Si la stipulation a été faite avec un autre débiteur, on prétend encore qu'il n'y a pas contradiction. En effet, les textes qui admettent que la demeure est purgée supposent qu'il y a eu stipulation conditionnelle après la demeure. Il y a alors libération du premier débiteur ; car la demeure a été purgée, et le second débiteur n'est pas tenu et ne pourra plus l'être, puisque l'esclave est mort quand la condition arrive. Au contraire, dans la loi 56, § 8, on suppose que la demeure est postérieure à la stipulation conditionnelle, et voilà pourquoi les risques continuent à peser sur la tête du premier débiteur (329 *bis*).

Nous répondons que cette loi ne prévoit pas le cas qu'on voudrait lui faire régir. Elle suppose qu'il y a demeure antérieure à la stipulation conditionnelle, ou du moins elle ne dit pas le contraire. Remarquons du reste qu'on ne saurait admettre, comme nous l'avons vu, la possibilité de la mise en demeure du débiteur *pendente conditione*. Le premier débiteur ne sera obligé qu'autant que la condition ne se réalisera pas. Jusque là son

(329) Julien, l. 56, § 8, *De verb. oblig.*, XLV, 1. — Marcellus, l. 72, § 2, *De solut.*, XLVI, 3.

(329 *bis*) Cujas, *Comment. ad leg. 56* (t. I, col. 1233). — Poth., *Pand.*, *De novat.*, n° 7.

obligation reste en suspens ; le créancier a renoncé à toute poursuite, et par conséquent à toute mise en demeure. Si Julien reconnaît au créancier le droit de poursuivre le premier débiteur, c'est qu'il est certain que la novation ne pourra plus s'opérer faute d'objet. Donc, tant que la novation est possible et que la condition est en suspens, le créancier ne peut poursuivre, ni par suite mettre le débiteur en demeure, et le priver du bénéfice qu'il peut légitimement attendre de sa réalisation.

154. — On a encore donné de la loi 56 une autre explication (330). Le texte de Julien, a-t-on dit, ne statue pas sur l'hypothèse qu'on veut lui faire régir. Il ne suppose pas l'*animus novandi*, et dès lors on ne doit pas le supposer davantage. Nous sommes donc en présence de deux débiteurs successifs, l'un pur et simple, l'autre sous condition, tous deux débiteurs de la même chose. Il y a deux obligations tout à fait distinctes, et il devient naturel que Titius soit mis en demeure *pendente conditione*, tandis que Séius, qui ne doit être obligé qu'autant que la condition sera réalisée, sera libéré par la perte de la chose survenue sans sa faute.

Cette explication ne saurait nous satisfaire. Dans le paragraphe précédent, Julien vient d'examiner un cas de novation, et il nous paraît certain que telle a été également sa pensée lorsqu'il s'occupe, dans le paragraphe suivant, de l'hypothèse où le nouveau débiteur vient promettre la même chose. Cette pensée se manifeste clairement dans la décision même du jurisconsulte. La preuve, dirons-nous avec M. Bufnoir (331), qu'il s'agit bien dans le texte d'une novation conditionnelle, c'est que le jurisconsulte établit, comme deux idées corrélatives, la possibilité d'une poursuite immédiate contre le premier obligé, et l'inefficacité de la seconde obligation. Si Titius peut être poursuivi sur-le-champ, *confestim*, c'est que l'obligation de Séius ne peut plus

(330) Arnault, Thèse pour le doctorat, *De la novation*, pp. 70 et 71.

(331) *Théorie de la condition*, p. 270, note.

prendre naissance. Donc, la possibilité de la naissance de l'obligation à la charge de Séius s'opposerait provisoirement à toute action contre Titius, débiteur primitif, ce qui n'aurait pas lieu à supposer que Séius fût intervenu dans le but de se constituer codébiteur *in solidum*.

155. — On a également essayé de concilier la décision de Vénuléius avec celle des jurisconsultes qui ont adopté une autre opinion. Dans ce but, Pothier (332) suppose que Vénuléius s'est placé dans l'hypothèse où Marcellus reconnaît la persistance de la *mora*, c'est-à-dire lorsque l'esclave n'a pu être offert lors de la stipulation conditionnelle.

Nous avons vu que cette distinction, qui n'était pas admissible, n'avait pas, en effet, été adoptée par les partisans de la doctrine que défendait Marcellus. C'est là d'ailleurs une supposition purement gratuite ; car le texte ne dit rien de cette circonstance spéciale qu'il eût été important de signaler, puisqu'elle devait former la base du système et justifier la solution donnée par Vénuléius.

156. — Voët (333) a proposé une autre explication. Selon lui, Vénuléius, en affirmant qu'il y a novation dans le cas où l'esclave vient à mourir *pendente conditione*, a voulu dire qu'il y a novation, en ce sens seulement que la demeure est purgée.

Il nous paraît impossible d'admettre cette interprétation. Si ce résultat a été produit par la stipulation conditionnelle, qu'importe alors que la condition se réalise ou non depuis que l'esclave est mort ? La seconde obligation ne peut plus naître faute d'objet, et le débiteur se trouve libéré de la première par la perte de la chose, puisqu'il y a eu *purgatio moræ*. Que voudraient dire également ces mots : *cum jam obligatus es mihi*, puisque le débiteur a cessé d'être tenu de la première obligation, et que la seconde n'a pu prendre naissance ? Et comment l'arrivée

(332) *Pand., De novat.*, n° 7.

(333) *Ad Pand., De novat.*, n° 10.

de la condition pourrait-elle avoir pour effet de purger la demeure, puisque la novation ne peut plus se produire et que la seconde stipulation se trouve inefficace faute d'objet ? Si Vénuléius avait entendu consacrer un tel résultat, il faut avouer qu'il n'aurait pas eu toute la clarté désirable en employant les expressions : *novatio quoque fiet*, surtout si l'on considère qu'il s'occupe de la novation véritable dans le paragraphe précédent. La demeure n'a donc pas été purgée par la stipulation conditionnelle, et la novation pourra s'opérer, même après la mort de l'esclave ; car il y a un objet, c'est l'estimation de la chose due, puisque l'obligation a été perpétuée par la *mora*.

L'opposition de doctrine résulte d'ailleurs clairement de la comparaison de la loi 31 avec la loi 14 d'Ulpien à notre titre. Les deux jurisconsultes posent en principe que la novation ne peut plus s'opérer après la perte la chose *pendente conditione*. Ulpien, après Marcellus, décide que la solution reste la même dans l'hypothèse où le débiteur était en demeure. Au contraire, Vénuléius fait exception à son principe pour ce dernier cas. *Nisi per promissorem steterit quominus daret*. Il fallait bien, en effet, que la doctrine de Marcellus n'eût pas été partagée par tout le monde, puisque Ulpien, qui reproduit cette doctrine, nous la présente comme étant l'expression de la pensée de ce jurisconsulte.

157. — On a voulu aussi concilier le texte de Vénuléius avec ceux qui consacrent une autre solution, en faisant des corrections dans cette loi. Nous ne nous arrêterons pas à cette explication qui nous paraît tout à fait inadmissible, car rien dans ce texte ne justifie les changements qu'on voudrait lui faire subir.

158. — Il faut donc reconnaître qu'il y avait division entre les jurisconsultes romains sur le point de savoir quels étaient les effets de la stipulation *novandi causâ* relativement à la demeure du débiteur. C'est dans le développement et les progrès du droit romain, et dans les controverses entre les deux Ecoles, qu'il faut,

à notre avis, chercher l'explication de cette division. Julien vivait au deuxième siècle de l'ère chrétienne. Son texte est donc le plus ancien et consacre la solution admise de son temps. Julien faisait partie de l'école Sabinienne, hostile aux changements, fidèle aux traditions, et attachée aux lois et à la jurisprudence ancienne dont elle observait les principes avec un minutieux rigorisme. On peut donc s'expliquer facilement que Julien n'ait pas attribué à la stipulation conditionnelle *novandi causâ* l'effet de purger la demeure. Cette solution, nous l'avons dit, est conforme au droit strict ; car la première obligation n'est pas éteinte tant que la condition est en suspens, et dès lors elle doit produire tous ses effets, spécialement en ce qui concerne la demeure du débiteur. L'opinion de Julien fut adoptée par Vénuléius, qui vivait au commencement du troisième siècle de l'ère chrétienne.

Une autre doctrine avait été soutenue dans la dernière partie du deuxième siècle. Elle était professée par Marcellus que Cujas (334) nous représente comme *perpetuus Juliani adversarius*, et qui faisait partie de l'école Proculienne, plus hardie dans ses développements, et qui ne craignait pas de sortir des voies battues pour introduire des innovations dans le droit privé.

L'esprit d'éclectisme finit par prévaloir sous l'influence de quelques grands jurisconsultes. Papinien et Ulpien adoptèrent l'opinion de Marcellus, et tout porte à croire qu'elle dut survivre à l'époque classique. Cette doctrine indique un progrès de la jurisprudence ; elle est conforme à l'intention des parties : c'est le triomphe de l'équité sur le droit strict.

159. — Les textes dont nous venons de nous occuper ne parlent que d'un effet de la *mora*, du déplacement des risques qui sont désormais à la charge du débiteur ; mais ils ne disent rien des intérêts et des fruits qui peuvent être dus ex *morâ*. Sur ce

(334) *Ad. l. 73, § 4, De legat., 1^e, XXX. (Opera post., t. IV, part. 1, col. 1122.)*

point encore la solution doit être la même, et il faudra dire, dans le système adopté par Marcellus, Papinien et Ulpien, qu'ils cessent d'être dus depuis la stipulation conditionnelle *novandi causâ*. Cela est certain pour le temps postérieur à cette stipulation ; mais faut-il également maintenir cette solution, en ce qui concerne les intérêts et les fruits déjà dus à ce moment, c'est-à-dire pour le temps qui s'est écoulé entre la mise en demeure et la stipulation conditionnelle ?

Il y a là une obligation échue, donc acquise au créancier, qui doit être mise sur la même ligne que l'obligation principale. Si la condition arrive et que la novation s'opère il n'y aura aucune dette d'intérêts, ni pour le temps antérieur, ni pour le temps postérieur à la stipulation *novandi causâ* ; car la première obligation a été éteinte du jour de la stipulation conditionnelle. Si, au contraire, la novation ne s'opère pas, le créancier conservera son action en vertu de la première obligation pour le principal et pour les fruits dûs, ou les intérêts échus avant la stipulation conditionnelle. Mais il ne saurait, même dans cette hypothèse, exiger le paiement des fruits et des intérêts pour le temps postérieur à la stipulation *novandi causâ* ; car, en acceptant la promesse conditionnelle, il a renoncé à cet effet de la demeure, comme il a renoncé à se prévaloir contre le débiteur de la perte de la chose survenue à la même époque.

160. — Résumant en quelques mots tout ce qui précède, nous dirons : La *stipulatio debiti* conditionnelle apporte par elle-même des modifications importantes à la situation antérieure des parties. *Pendente conditione* le créancier n'est plus reçu à demander l'exécution de la première obligation. Le paiement fait par erreur permet au débiteur d'exercer la *condictio indebiti*. La première obligation ne peut plus donner lieu à une mise en demeure. Enfin, dans une opinion qui fut combattue, mais qui paraît bien avoir triomphé, la stipulation conditionnelle purge, au moins quant aux effets à venir, la demeure antérieure du débiteur.

161. — Nous avons ainsi terminé l'examen de notre première question : La *stipulatio debiti* conditionnelle n'apporte-t-elle par elle-même aucune modification à la situation antérieure des parties ? Il ne nous reste plus qu'à résoudre la seconde que nous formulons ainsi : La stipulation conditionnelle peut-elle encore produire quelque effet, lorsque la condition ne se réalise pas ; en d'autres termes, la condition faisant défaut, l'action qui résulte du premier contrat, de celui que les parties n'ont pas réussi à nover, pourra-t-elle encore être exercée avec succès ?

Il faut, dans la rigueur des principes du droit civil, répondre affirmativement à cette question. *Si defecerit conditio, durat prior obligatio* (335). Mais le débiteur ne peut-il pas du moins opposer au créancier une exception fondée sur le fait qu'il y a eu nouvelle stipulation, et prétendre qu'il y a mauvaise foi de sa part à agir, puisque par la stipulation, même conditionnelle, il a entendu renoncer définitivement à son droit primitif ?

Il faut décider, en principe, que l'action peut être utilement exercée, et que le débiteur ne peut la paralyser par une exception :

Si sub conditione stipulatus fuerim a te quod Titius mihi pure deberet, an, deficiente conditione, si a Titio petam, exceptione pacti conventi, et possim, et debeam summoverti ? Et magis est exceptionem non esse opponendam (336).

J'ai stipulé de Primus l'esclave Stichus, et Secundus se portant *expromissor* me promet le même esclave sous condition. Primus ne pourrait se prévaloir d'un pacte de remise qui résulte d'une convention faite entre moi et Secundus. Une autre solution ne serait-elle pas d'ailleurs contraire à mon intention ? Comment présumer que j'ai entendu renoncer d'une manière définitive à ma première créance, de façon à perdre tout droit si la condition vient à faire défaut ! J'ai sans doute voulu libérer

(335) Gaius, III, 179. — *Inst.*, III, 29, § 3.

(336) Gaius, I, 30, § 2, *Dig.*, *De pactis*, II, 14.

Primus, mais seulement pour l'époque et pour le cas où la condition arriverait, et où Secundus serait obligé à sa place. Ne peut-on pas interpréter mon intention en ce sens? N'est-ce pas ce qu'il faut présumer dans le doute? On voit par là, comme nous l'avons déjà fait remarquer, tout ce qu'il pouvait y avoir de dangereux dans le système de Servius Sulpicius qui admettait la novation immédiate par la stipulation conditionnelle, et dépouillait ainsi le créancier de tout droit au cas où la condition ne se réalisait pas.

162. — Le système de Gaius était donc plus conforme à l'équité et à l'intention des parties, du moins dans l'hypothèse où la stipulation *novandi causâ* était faite avec un autre débiteur. Mais, en admettant d'une manière absolue et dans tous les cas que la première obligation n'était éteinte qu'autant que la condition venait à se réaliser, ce système lui-même pouvait conduire à des résultats qui eussent dépassé parfois l'intention des contractants. Aussi, cette doctrine empruntait l'assistance du droit prétorien pour corriger ce qu'elle pouvait avoir de peu équitable dans certains cas, et elle permettait ainsi de mesurer l'effet de la stipulation sur la volonté des parties. Il se peut que la stipulation conditionnelle intervienne entre les mêmes parties, et que le créancier ait entendu faire remise immédiate de la première obligation. La volonté des contractants sera respectée, et le débiteur poursuivi, après que la condition aura fait défaut, pourra paralyser l'action par l'*exceptio doli aut pacti conventi*. C'est là une question de fait qu'on ne saurait résoudre d'une manière absolue. Tel paraît bien être le sentiment de Gaius quand il nous dit :

Sed videamus an is qui eo nomine agat, doli mali, aut pacti conventi exceptione possit summoverti, quia videtur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur si posterioris stipulationis extiterit conditio (337).

Cependant, Paul s'occupant de la stipulation conditionnelle *inter eadem personas*, semble bien supposer que le débiteur ne pourrait repousser par une exception l'action du créancier (338). Il se demande si le paiement fait par erreur *pendente conditione* peut être répété, et après avoir constaté que dans l'opinion générale la *condictio indebiti* est accordée au débiteur, le jurisconsulte décide au contraire qu'elle doit lui être refusée. Paul semble donc admettre indirectement que le débiteur ne peut se prévaloir d'une exception ; car il aurait le droit d'user de la *condictio indebiti* s'il pouvait paralyser l'action du créancier par une exception perpétuelle, introduite dans le but de le protéger.

La doctrine de Gaius pouvait donc aussi, dans certains cas, paraître peu équitable, et celle de Servius plus conforme à l'intention des parties ; mais nous venons de voir que ce danger n'existait pas en réalité. Si, en effet, même dans ces hypothèses, la doctrine de Servius était encore repoussée comme contraire aux principes du droit civil, le résultat pratique auquel elle aboutissait se trouvait consacré, non pas *ipso jure*, mais *per exceptionem*.

§ 4. — *Changement dans les débiteurs accessoires.*

163. — Après nous avoir parlé du terme et de la condition, Gaius (339) cite encore l'adjonction ou la suppression d'un *sponsor*. *Si forte sponsor adjiciatur, aut detrahatur*. C'était là une question de droit et non de fait : il s'agissait de savoir, non pas ce qu'avaient voulu, mais ce qu'avaient pu faire les contractants. Cette difficulté avait d'ailleurs divisé les jurisconsultes romains. Gaius pensait que cette adjonction ou cette suppression constituait une nouveauté suffisante pour qu'il y eût novation. Au contraire, les Proculiens, avec beaucoup de raison,

(338) L. 60, § 1^{er}, Dig., *De condict. indebi.*, XII, 6.

(339) C. III, 177. — *Inst.*, III, 29, § 3.

décidaient que pour novar il ne servait de rien d'ajouter ou de supprimer un *sponsor*. *Sed quod de sponsore dixi, non constat; nam diversæ scholæ auctoribus placuit, nihil ad novationem proficere sponsoris adjectionem aut detractiōnem* (340).

Si je stipule de Primus et de Secundus, qui intervient comme caution, ce que me devait déjà Primus, ne peut-on pas dire qu'il y a là deux stipulations distinctes, comme si j'avais stipulé plusieurs sommes ou plusieurs objets en même temps (341)? La seconde interrogation faite à Primus est tout à fait semblable à la première; elle ne saurait donc opérer novation faute d'un élément nouveau. Sans doute, à la promesse de Primus vient se joindre celle de Secundus en qualité de *sponsor*; mais cette promesse est faite pour s'ajouter à celle de Primus et non pour en prendre la place. C'est le motif de l'opération, le but que les parties ont voulu atteindre; mais ce but, elles n'ont pu l'atteindre, car le moyen d'y arriver, la novation, ne peut produire ses effets faute d'un élément nouveau. Il en est de même quand les parties ont supprimé un *sponsor*. Il existe deux stipulations et deux obligations: l'obligation du débiteur principal, que la novation a pour but d'éteindre pour la remplacer par une autre absolument semblable; l'autre, celle du *sponsor*, qui se trouve éteinte, mais seulement comme conséquence de la libération du débiteur principal. Les parties n'ont donc pu atteindre le but qu'elles s'étaient proposé, car pour y arriver il fallait une novation régulière, c'est-à-dire une stipulation renfermant quelque élément nouveau.

Comment pourrait-on voir un élément nouveau suffisant dans l'adjonction où la suppression d'un *sponsor*? On comprend qu'il y ait quelque chose de nouveau quand il y a changement dans la cause de l'obligation, quand il y a addition ou retranchement

(340) Gaius, III, 178.

(341) Ulpien, l. 29, pr., *De verb. oblig.*, XLV, 1.

d'un terme ou d'une condition : on voit alors apparaître une modification importante dans la nature et la sanction du droit, dans son exigibilité ou dans son existence même. La relation personnelle du créancier et du débiteur a été atteinte directement par l'effet de la novation. Au contraire, dans l'hypothèse qui nous occupe, aucune modification n'est apportée dans les éléments constitutifs du droit antérieur. Un autre lien a été établi (342) ou a cessé d'exister entre le créancier et le *sponsor*; mais la relation personnelle qui existe entre ce créancier et le débiteur principal est restée la même, malgré l'adjonction ou la suppression d'un *sponsor*. En un mot, il n'y a pas de novation possible, parce qu'il n'y a pas et qu'il ne saurait y avoir d'élément nouveau dans la stipulation.

164. — L'opinion des Proculiens n'était cependant pas admise par Gaius. Quand j'ai stipulé de Primus et de Secundus, qui intervient comme caution, on ne peut dire qu'il y a là deux stipulations distinctes produisant deux droits différents : il n'y a qu'une seule chose due par deux débiteurs, de telle sorte qu'il est impossible au créancier de la déduire en justice à l'égard de l'un sans consommer son droit à l'égard de l'autre. Que je m'adresse à Secundus au lieu de poursuivre Primus, et ce dernier va se trouver libéré dès que j'aurai obtenu une formule d'action, puisque mon droit sera épuisé jusqu'à concurrence du contenu de la formule. Il n'est donc pas exact de prétendre que la situation du débiteur n'a pas été changée : elle a reçu, au contraire, une modification importante, soit que l'on ait ajouté, soit que l'on ait supprimé la promesse d'une caution.

Voilà peut-être ce que l'on pourrait dire pour essayer de défendre l'opinion des Sabinien (342 *bis*). Quoiqu'il en soit, la doctrine des Proculiens, nous le répétons, était, à notre avis, beaucoup plus juridique et aurait dû prévaloir définitivement.

(342) Ulpien, l. 8, § 3, *h. tit.*

(342 *bis*) Gide, *op. cit.*; p. 113.

165. — Gaius ne nous parle toutefois que du *sponsor*, et non de tout débiteur accessoire. Faut-il en conclure que l'accession ou la libération d'un *sponsor* opérerait une novation que n'opérerait pas l'adjonction ou la suppression d'un *fidepromissor* ou d'un fidéjusseur ? S'il en est ainsi, comment justifier cette distinction ?

Il est vrai que la *sponsio* ne pouvait s'ajouter qu'à une obligation verbale, ce qui implique la nécessité de la novation pour garantir par l'engagement d'un *sponsor* une obligation préexistante, née d'un autre contrat. Mais cette observation qui s'applique également à la *fidepromissio* (343), perd toute sa force si la première obligation est déjà née d'une stipulation, ce que semble bien supposer Gaius dans le passage qui nous occupe en ce moment. La distinction entre le *sponsor*, d'une part et le *fidepromissor* et le fidéjusseur, d'autre part, ne se comprendrait plus d'ailleurs si, au lieu d'ajouter un débiteur accessoire, il s'agissait de le supprimer dans la nouvelle stipulation.

166. — Aussi a-t-on cherché d'autres explications du texte de Gaius. On a prétendu que la *sponsio* devait intervenir au moment même de la formation de l'obligation principale. Lors donc que les parties voulaient garantir une obligation préexistante par la promesse d'un *sponsor*, il fallait de toute nécessité stipuler de nouveau et faire intervenir immédiatement le *sponsor*.

Le point de départ de cette explication n'est pas à l'abri de toute controverse, et certains interprètes (344) pensent, au contraire, qu'il en est de la *sponsio* comme de la *fidejussio*, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire qu'elle prenne naissance à la suite de l'obligation principale sans solution de continuité. Mais, en admettant même l'exactitude de l'opinion contraire, on

(343) Gaius, III, 119.

(344) V. notamment, Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 347, note.
— Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, t. II, p. 279.

n'aurait pas encore expliqué d'une manière suffisante pourquoi Gaius restreint au *sponsor* ce qu'il dit de la novation par l'adjonction ou la suppression d'un débiteur accessoire. En effet, le jurisconsulte ne parle pas du *fidepromissor*, et cependant, dans ce système, on admet qu'il devait, comme le *sponsor*, intervenir au moment même de la formation de l'obligation principale (344 bis). Pourquoi d'ailleurs, lorsqu'ils s'agit de la suppression d'un débiteur accessoire, restreindre au *sponsor* la possibilité de la novation ? Sans doute, le créancier trouvait dans la novation un moyen facile de libérer le *sponsor* en perpétuant l'obligation du débiteur principal ; mais on peut en dire tout autant des autres débiteurs accessoires. En effet, le créancier qui aurait fait acceptilation au fidéjusseur, aurait du même coup procuré sa libération au débiteur principal, quelle que fût d'ailleurs la cause de son obligation (345).

167.— On pourrait présenter du texte de Gaius une explication qui pourrait paraître plus admissible que la première. On pourrait faire observer que la condition du débiteur se trouve profondément modifiée par l'adjonction ou la suppression d'un *sponsor* ; car on sait que le débiteur principal se trouvait soumis à des voies de recours rigoureuses de la part du *sponsor* qui avait payé pour lui (346).

Cette observation, malgré son exactitude, est loin d'être satisfaisante. Sans doute, le débiteur peut se trouver exposé à des poursuites exceptionnellement rigoureuses, si son obligation est garantie par un *sponsor* au lieu de l'être par un autre débiteur accessoire ; mais il s'agit ici du recours que la caution peut

(344 bis) La loi *Cicereia* (Gaius, III, 123) deviendrait d'ailleurs inutile dans la doctrine des Sabinien, si la *sponsio* devait nécessairement intervenir au moment même de la formation de l'obligation principale. — V. sur le nom de cette loi, Institutes de Gaius d'après l'*Apographum* de Studemund, par M. Dubois (6^e édit.— 1^{re} française), p. 334, note 404.

(345) Ulpien, l. 13, § 7, *De acceptil.*, XLVI, 4.

(346) Gaius, IV, 9, 22.

exercer contre le débiteur principal. La relation personnelle du créancier et du principal obligé reste la même, peu importe que l'obligation se trouve garantie par un *sponsor* au lieu de l'être par un *fidepromissor* ou un fidéjusseur.

168. — En face de cette difficulté de justifier le texte de Gaius, en tant qu'on voudrait le restreindre à la *sponsio*, des auteurs (347) ont prétendu que ce texte devait être étendu à tout *adpromissor*. Si l'on refuse d'admettre cette dernière interprétation, il faut avouer que l'on rencontre de grandes difficultés, lorsqu'il s'agit d'expliquer pourquoi, en l'absence de tout autre élément nouveau, l'adjonction ou la suppression d'un *sponsor* opérerait une novation qui ne résulterait pas de l'accession ou de la libération d'un autre débiteur accessoire. Voilà pourquoi nous serions plus disposé à adopter cette dernière interprétation, et à décider que la doctrine de Gaius doit s'appliquer à l'adjonction ou à la suppression de tout *adpromissor*.

169. — L'opinion de Gaius a d'ailleurs été adoptée par Justinien (348). *Novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novisit, forte si fidejussor adjiciatur, aut detrahatur*. Dans le droit de cet empereur, les trois classes d'*adpromissores* s'étaient en effet confondues en une seule, la fidéjussion. Si les parties veulent que l'obligation primitive subsiste, bien que cautionnée, elle subsistera ; si, au contraire, elles veulent qu'elle soit novée, l'adjonction ou la suppression d'un fidéjusseur constituera un changement assez important pour déterminer la novation, conformément à leur volonté.

170. — D'une manière plus générale, on peut dire que, dans le droit de Justinien, il n'est plus nécessaire pour opérer novation d'un changement dans le rapport de droit qui existait entre le créancier et le débiteur ; mais qu'il suffit d'une modification dans l'un ou l'autre des accessoires de l'obligation. C'est ainsi

(347) Demangeat, *op. cit.*, t. II, p. 434.— V. aussi Gide, *op. cit.*, p. 113, note 4.

(348) *Inst.*, III, 29, § 3.

que Justinien nous dit (349) qu'il pourra y avoir novation, *si quis pignus acceperit* (349 *bis*). Peut-être, comme on l'a fait justement remarquer (350), que la doctrine de Gaius sur l'accession ou le retranchement d'un débiteur accessoire n'était qu'un premier pas fait dans cette voie, et que d'autres après lui s'y étaient engagés avec moins de réserve.

SECTION II.

Changement dans les personnes.

171. — Jusqu'ici, en nous occupant de l'élément nouveau que doit contenir la *stipulatio debiti*, nous avons supposé, en général, que la novation intervenait *inter easdem personas*. Cette hypothèse est même la seule où l'élément nouveau soit spécialement exigé par les textes ; car c'est aussi la seule où il ne se rencontre pas nécessairement (351). Mais la novation peut aussi se faire *inter diversas personas*, et dans ce cas, l'existence d'un élément nouveau est de toute évidence. Les modifications qui suffisent quand la novation a lieu entre les mêmes parties, peuvent d'ailleurs concourir avec le changement de personnes. C'est ainsi que nous avons déjà examiné, dans la section précédente, l'hypothèse d'une novation *inter diversas personas*, notamment dans le but d'exposer d'une manière complète les règles relatives à la *stipulatio debiti* conditionnelle. Dans cette

(349) L. 8, C., *h. tit.*

(349 *bis*) Justinien ajoute encore : *Vel cautionem minorem acceperit*. Les anciennes éditions ne portent pas *minorem*, mais *juniozem*, et ces mots sont ainsi interprétés par Cujas : *Ita recte dicimus novationem fieri per cautionem juniozem et stipulationem stipulatione novari, solâ hâc ratione quod fit junior et recentior stipulatio, sive cautio, recens instrumentum.* (*Comm. in lib. VIII, Code, De novat.*) (*Opera post.*, t. V, col. 1333). — V. aussi Gide, *op. cit.*, p. 176.

(350) Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 695.

(351) Gaius, III, 177. — *Inst.*, III, 29, § 3.

section, nous nous proposons d'étudier tout spécialement la novation que l'on a appelée *subjective*, c'est-à-dire celle qui a lieu par changement de personnes.

Il se peut qu'un nouveau créancier stipule du même débiteur ; qu'un nouveau débiteur promette au même créancier, ou qu'il y ait tout à la fois changement de créancier et de débiteur. La novation par changement de débiteur peut avoir lieu par l'intervention spontanée d'un tiers, sans le concours du débiteur primitif : on dit alors qu'il y a *expromissio*. Le nouveau débiteur peut, au contraire, être présenté par l'ancien, et venir sur sa demande s'obliger à sa place : on dit alors qu'il y a *délégation*. Le premier débiteur, *déléquant*, donne mandat au nouveau débiteur, *délégué*, de s'obliger à sa place envers le créancier, *délégataire*. La délégation peut aussi servir à opérer novation par changement de créancier, ou tout à la fois par changement de débiteur et de créancier.

Disons d'abord quelques mots de l'*expromissio*, pour nous occuper ensuite plus longuement de la délégation.

§ 1^{er}. — *Expromissio*.

172. — La novation, avons-nous dit, peut s'opérer par l'intervention d'un nouveau débiteur, avec ou sans le consentement du débiteur primitif. C'est même de cette novation que Gaius (352) nous parle tout d'abord dans ses Institutes. Le mot *expromittere*, par son étymologie même, éveille l'idée d'une promesse faite dans le but de dégager une personne antérieurement tenue. On appelle *expromissor* celui qui vient ainsi libérer un débiteur et s'engager à sa place. C'est à tort que l'on voudrait réserver cette dénomination pour celui qui s'engage spontanément et sans le concours du premier débiteur. Ce mot a au contraire un sens général, et désigne le tiers qui, ayant ou n'ayant pas reçu de

mandat à cet effet, vient libérer un débiteur en s'obligeant en son lieu et place (353). On trouve même quelquefois cette expression employée dans des cas où il s'agit de novation *inter easdem personas* (354). Dans un sens plus restreint, on dit qu'il y a *expromissio* toutes les fois qu'un tiers vient prendre la place du débiteur sans le concours de ce dernier. C'est aussi dans ce sens que nous emploierons cette expression en nous occupant de *l'expromissio*.

173.— Remarquons, en passant, la valeur différente des prépositions *cum*, *ex*, et *ad* dans les mots *correi promittendi*, *expromissor*, et *adpromissor*. La corréalité implique unité d'objet et pluralité de liens principaux ; il y a plusieurs débiteurs tenus de la même chose et le créancier choisit à son gré celui des débiteurs qu'il veut contraindre au paiement. Dans *l'expromissio*, au contraire, nous n'avons pas pluralité de liens ; il n'y a plus deux débiteurs ; les deux obligations ne coexistent pas. La seconde est venue prendre la place de la première par l'effet de la *stipulatio debiti*. L'*adpromissio*, comme *l'expromissio*, suppose sans doute l'existence d'un autre engagement à l'occasion duquel elle intervient. L'*adpromissor*, comme *l'expromissor*, s'oblige par la stipulation. De plus, si l'objet de *l'adpromissio* est identique à celui de l'obligation principale, *l'expromissor* ne peut non plus, à notre avis, du moins à une certaine époque, promettre autre chose que ce qui a été promis par le débiteur dont il veut prendre la place. Toutefois, ici encore nous trouvons deux débiteurs, l'un principal et l'autre accessoire, tenus de la même dette. Dans *l'expromissio*, au contraire, les deux obligations sont successives : *l'expromissor* est un débiteur principal et son obligation ne prend naissance que pour faire disparaître aussitôt celle du premier débiteur.

(353) V. notamment Gaius, l. 10, *De pignorat. act.*, XIII, 7. — Ulpien, l. 8, § 8, *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1.

(354) Pomponius, l. 20, *De Snt. Maced.*, XIV, 6. — Ulpien, l. 19, § 4, *De donat.*, XXXIX, 5.

174. — L'*expromissio* ressemble à la délégation, en ce sens qu'elle opère novation par changement de débiteur. Remarquons toutefois que la délégation peut aussi être employée pour opérer novation par changement de créancier, et qu'elle peut même avoir un autre but et rester étrangère à toute idée de novation, comme nous aurons l'occasion de l'expliquer plus loin (V. *infra*, n^{os} 186 et suiv.). L'*expromissio* diffère au contraire de la délégation, en ce sens que le consentement du premier débiteur n'est pas nécessaire pour que le second lui procure sa libération par son engagement. C'est là un point de ressemblance que nous avons déjà signalé entre le paiement et la novation. *Licet etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere* (355). Il faut, bien entendu, le consentement du créancier; l'*expromissio* ne saurait sans iniquité lui être imposée, car, au lieu de lui procurer immédiatement tout le bénéfice qu'il est en droit d'attendre de sa créance, elle peut avoir pour résultat de substituer un débiteur insolvable ou une créance douteuse, à un débiteur solvable ou à un droit garanti par des sûretés sérieuses. *Non licet inviti deteriorem conditionem facere* (356).

175. — L'*expromissio* présentait ainsi un moyen facile de procurer sa libération à un débiteur, soit avec son approbation au moins tacite, soit à son insu et même malgré lui. Que mon débiteur se refuse, par exemple, à recevoir sa libération; je pourrai à l'aide de l'*expromissio* atteindre le but que je m'étais proposé. Je stipulerai d'un tiers ce que mon débiteur me doit, et je ferai ensuite acceptilation à l'*expromissor* (357). Ce tiers n'a été qu'un instrument et ne s'est engagé que pour la forme, puisque, nous le supposons, le but des parties était de libérer malgré lui le débiteur qui s'y refusait. Il serait donc contraire à

(355) Gaius, l. 53, *De solut.*, XLVI, 3. — Ulpien, l. 8, § 5, *h. tit.* — *Inst.*, III, 29, pr.

(356) Gaius, l. 39, *Dig.*, *De negot. gest.*, III, 5.

(357) Labéon, l. 91, *De solut.*, XLVI, 3.

la bonne foi et à l'intention des parties de tenir son obligation pour sérieuse, et le créancier qui voudrait l'actionner avant de lui faire acceptilation, formerait une demande inutile. *Et petentem te doli mali præscriptio excludet.*

C'est également à ce moyen que le créancier avait recours, lorsqu'il voulait libérer un débiteur absent. Dans cette hypothèse, on ne pouvait employer l'acceptilation qui suppose, comme la stipulation, la présence de deux personnes qui parlent et entendent. Il ne pouvait non plus être question de délégation, puisque le débiteur avait disparu et se trouvait dans l'impossibilité de charger un tiers de promettre à sa place. Le débiteur absent se trouvait, au contraire, libéré par l'effet de l'*expromissio*, et le tiers qui ne s'était engagé que pour la forme était ensuite libéré lui-même par acceptilation.

176. — Au changement dans la personne du débiteur pouvait d'ailleurs venir s'ajouter un autre changement dans la cause de l'obligation ou dans l'une ou l'autre de ses modalités. C'est ainsi que l'*expromissor* pouvait promettre sous condition ce que le débiteur primitif devait purement et simplement. *Pendente conditione* le créancier ne peut plus poursuivre l'exécution de la première obligation ; le paiement fait par erreur est sujet à répétition et le débiteur ne peut plus être mis en demeure. Enfin, dans une opinion qui paraît avoir triomphé, la stipulation conditionnelle purge la demeure antérieure du débiteur. Lorsque la condition vient à se réaliser, la novation s'opère si tous les éléments nécessaires se trouvent réunis à ce moment. Si, au contraire, elle fait défaut, le premier débiteur pourra être poursuivi sans qu'il lui soit permis, en principe, de paralyser la demande par une exception. Nous ne faisons que signaler ces différentes solutions que nous avons cherché à justifier dans la section précédente (V. *suprà*, n^{os} 137 et suiv.).

177. — Nous n'avons pas non plus à revenir sur la question de savoir quelles sont les conditions nécessaires pour que la *stipulatio debiti* opère novation ; nous en avons parlé assez longuë-

ment d'une manière générale au début de ce travail (V. *suprà*, n° 10 et suiv.) Nous avons vu qu'une stipulation régulière en la forme est nécessaire, mais suffisante pour opérer novation, alors même qu'elle serait inutile pour le créancier. Nous avons dit également qu'à partir d'une certaine époque, pour savoir s'il y a ou non novation, il ne suffit pas d'examiner en droit s'il y a une stipulation régulière, mais qu'il faut encore rechercher en fait quelle a été l'intention des parties, *quid actum sit* (V. *suprà*, n° 72 et suiv.) Il faut donc voir, à partir de cette époque, ce que le créancier a entendu faire en stipulant d'un nouveau débiteur. A-t-il voulu éteindre l'obligation du premier débiteur pour la remplacer par l'engagement de l'*expromissor*, il y aura novation. A-t-il entendu seulement recevoir un nouvel obligé et se créer une sûreté de plus, sans que l'ancien débiteur cesse d'être tenu, il n'y aura pas novation ; le créancier aura deux débiteurs au lieu d'un seul (358). J'ai stipulé mille sesterces de Titius, et je stipule ensuite de Séius *quanto minus a Titio debitore consecutus fuero* : il n'y a pas novation, *quia non hoc agitur ut novetur* (359). Il y a deux débiteurs, l'un pur et simple et l'autre conditionnel, sous cette condition : s'il m'est impossible de me faire payer sur les biens de Titius.

178. Nous avons vu que la novation en général, et l'*expromissio* en particulier pouvait éteindre plusieurs obligations à la fois, peu importe d'ailleurs que ces obligations proviennent de causes différentes (V. *suprà*, n° 24.).

179. — L'*expromissio* produit les effets de la novation ordinaire. Nous en avons parlé dans une autre partie de ce travail (V. *suprà*, n° 86 et suiv.), et nous avons notamment examiné la question de savoir si la réserve des hypothèques qui garantissaient la première obligation, exigeait absolument l'adhésion du propriétaire des biens grevés (V. *suprà*, n° 89).

(358) Ulpien, l. 8, § 5, *h. tit.*

(359) *Eod.*, l. 6, pr., *h. tit.*

180. — L'ancien débiteur va donc se trouver libéré vis-à-vis du créancier par l'effet de la novation ; mais on peut se demander quelle sera sa situation vis-à-vis de l'*expromissor*. Va-t-il bénéficier purement et simplement de l'intervention du tiers qui s'est obligé à sa place ? Ne sera-t-il pas, au contraire, soumis à certaines voies de recours de la part du promettant qui lui a ainsi procuré sa libération ?

Si l'*expromissor* est intervenu au vu et au su du débiteur, il aura contre lui l'action *mandati contraria* ; car, lorsqu'un tiers intervient dans nos affaires à notre connaissance et sans que nous nous y opposions, il est censé agir en vertu d'un mandat (360). Il en serait de même si le débiteur avait ratifié l'acte par lequel le tiers est venu s'engager pour lui procurer sa libération (361). En ratifiant l'engagement de l'*expromissor*, le débiteur lui donne par là même mandat de payer sa dette. Si le tiers n'est pas intervenu avec l'adhésion du débiteur, mais à son insu ou dans des circonstances qui ne permettaient pas au débiteur de s'y opposer, il aura contre lui l'action *negotiorum gestorum contraria* (362).

L'*expromissor* aura-t-il encore un recours, s'il a agi contre la volonté formelle du débiteur ? Cette question avait divisé les jurisconsultes romains : les uns lui refusaient toute action ; d'autres lui donnaient l'action *negotiorum gestorum*, soit comme action directe, soit comme action utile (363). La première opinion avait sans doute prévalu (364), et c'est aussi celle qui fut

(360) Ulpien, l. 6, § 2, *Mandati vel contrà*, XVII, 1. — L. 60, *De regul. jur.*, L. 17.

(361) Ulpien, l. 60, *eod. tit.*

(362) Gaius, l. 2 ; Ulpien, l. 3, § 5 ; Julien, l. 6, pr. ; Paul, l. 21, § 1^{er}, l. 37, pr., Dig., *De negot. gest.*, III, 5.

(363) Paul, l. 40, *Mandati vel contrà*, XVII, 1. — L. 24, C., *De negot. gest.*, II, 19.

(364) Ulpien, l. 8, § 3, Dig., *De negot. gest.*, III, 5. — Paul, l. 40, *Mandati vel contrà*, XVII, 1.

consacrée par Justinien (365). Ce prince, s'appuyant sur l'opinion de Julien, décide que celui qui a agi malgré la défense du maître n'aura aucune espèce d'action pour tous les actes qu'il a pu faire depuis le jour où l'opposition du maître lui a été signifiée par écrit ou devant témoins.

Ajoutons enfin que l'*expromissor* ne jouirait également d'aucun recours contre le débiteur s'il avait agi *animo donandi*, et non dans l'intention de l'obliger. Il en serait de même si le tiers n'était intervenu que pour la forme et dans le but de libérer un débiteur absent. En effet, dans cette hypothèse il n'aura à souffrir aucun préjudice de son intervention ; car il sera libéré par acceptilation, et si le créancier prétendait le poursuivre et refusait de le libérer, il pourrait paralyser son action par une exception de dol (366).

Il pourra arriver souvent que le tiers qui se porte *expromissor* ne soit pas libre de tout engagement envers le débiteur, mais qu'il y ait, au contraire, un lien d'obligation entre les débiteurs successifs. Secundus doit mille sesterces à Primus, et Tertius qui doit la même somme à Secundus, se porte *expromissor* envers Primus au lieu et place de Secundus. Secundus sera sans doute libéré envers Primus : il y aura novation par changement de débiteur. Tertius sera également libéré envers Secundus, s'il a reçu mandat de s'obliger à sa place. Mais si Tertius a agi sans mandat et à l'insu du débiteur, il contractera une nouvelle obligation sans être déchargé de sa dette envers Secundus, car celui-ci ne peut perdre sans son consentement la créance qui lui appartient. Toutefois, si Secundus voulait encore se prévaloir de son droit et poursuivre Tertius, ce dernier se défendrait victorieusement par l'exception de dol (367).

(365) L. 24, C., *De negot. gest.*, II, 19.

(366) Ulpien, l. 13, § 10, *De acceptil.*, XLVI, 4.

(367) Paul, l. 8, pr., *De doli mali et met. except.*, XLIV, 4. — *Inst.*, IV, 6, § 30.

§ 2. — *Délégation.*

181. — Les rédacteurs du Digeste ont réuni la délégation à la novation dans un titre commun qu'ils ont intitulé : *De novationibus et delegationibus*. Cette simple observation fait suffisamment pressentir qu'il doit y avoir entre l'une et l'autre, sinon une relation nécessaire, du moins des rapports assez intimes. Toutefois, ce n'est pas seulement dans notre titre qu'il est question de la délégation ; on la retrouve, au contraire, dans de nombreux textes insérés dans différentes parties de ce vaste recueil. Nous n'avons certes pas l'intention de les réunir tous pour présenter une théorie complète de la délégation. Nous voulons seulement en donner une idée sommaire et dégager les rapports qui peuvent exister entre elle et la novation, comme aussi les différences qui les séparent. Ce premier point mis en lumière, nous nous proposons surtout d'étudier la délégation considérée comme moyen d'opérer novation, et de rechercher quels sont les effets qu'elle est susceptible de produire entre les différentes parties en cause.

182. — Dans la loi 11 pr., à notre titre, Ulpien s'exprime ainsi : *Delegare est vice suâ alium reum dare creditori, vel cui jusserit*. On ne saurait contester l'exactitude de cette définition, en tant qu'elle s'applique à la délégation considérée dans quelques-unes de ses applications les plus importantes ; toutefois, il ne faudrait pas y voir une définition générale de la délégation. Il suffit, pour s'en convaincre, de se demander en quoi elle consiste.

La délégation met en jeu trois personnes : le délégant, qui donne un ordre ; le délégué qui est chargé de l'exécuter envers une troisième personne qui s'appelle délégataire. La délégation suppose donc avant tout un ordre donné par le délégant au délégué. Pas de délégation, par exemple, si un tiers, sans le concours du débiteur, va payer sa dette ou s'obliger en son lieu

et place envers le créancier. L'acte pourra bien produire les effets d'un paiement ou d'une *stipulatio debiti* faite dans le but de nover; mais il n'y aura pas délégation, parce que le paiement a été fait ou l'obligation contractée spontanément sans le concours du premier débiteur.

Ainsi envisagée dans son point de départ, la délégation peut donc être considérée comme un ordre émané du déléguant en vue d'une exécution qui doit intervenir entre le délégué et le délégataire (368). C'est bien là ce qui constitue la différence entre la délégation employée comme moyen d'opérer novation, et l'*expromissio* prise dans le sens spécial que nous lui avons attribué. Dans un cas comme dans l'autre il y a novation; dans un cas comme dans l'autre cette novation s'opère par un changement dans la personne du débiteur; mais, tandis que dans l'*expromissio* le tiers agit spontanément, *proprio motu*, dans la délégation, au contraire, il agit avec le concours du débiteur et ne fait qu'exécuter un ordre qu'il a précédemment reçu.

Ce mandat ne doit pas toutefois rester lettre morte; il faut qu'il soit mis à exécution pour produire le résultat que les parties se sont proposé d'atteindre. Envisagée au point de vue de ses effets juridiques, la délégation peut donc être considérée, non plus comme l'ordre lui-même, mais comme l'exécution de cet ordre intervenue entre le délégué et le délégataire (369). Ainsi donc, pas de délégation sans un ordre émané du déléguant, et cette délégation pour produire ses effets juridiques doit aboutir à une exécution. Il est donc permis de voir dans la délégation un acte complexe qui comprend tout à la fois un ordre et son exécution : c'est un *ordre exécuté*.

183. — La mission dont est chargé le délégué peut lui avoir

(368) Ulpien, l. 5, § 8, *De jure dot.*, XXIII, 3. — Tryphoninus, l. 33, *h. tit.* — L. 2, C., *De condict. indeb.*, IV, 5.

(369) *Frag. Vat.*, § 263. — Papinien, l. 20, *De in diem addict.*, XVIII, 2. — L. 11, C., *De donat.*, VIII, 54.

été donnée dans des buts différents. Il a pu être chargé par le déléguant de s'obliger envers un tiers, alors qu'il était débiteur du déléguant, ou que ce dernier lui-même était débiteur du délégataire. C'est alors que nous voyons apparaître l'utilité de la délégation comme moyen d'opérer novation, et que nous pouvons dire avec Ulpien : *Delegare est vice suâ alium reum dare creditori, vel cui jusserit.*

La délégation pouvait opérer novation de différentes manières. Je suis votre créancier et je vous dis : Allez promettre à Titius ce que vous me devez. Vous exécutez mon ordre ; ma créance est alors éteinte ou plutôt transportée sur la tête de Titius : il y a novation par changement de créancier ; Titius devient créancier de la même dette à ma place. Je suis débiteur de Titius et je vous dis : Allez promettre à mon créancier ce que je lui dois. Vous exécutez mon ordre : ici encore il y a novation, car il y a substitution d'un débiteur à un autre ; vous êtes devenu débiteur de Titius à ma place. Ces deux sortes de novations pouvaient se trouver réunies dans la même opération. Je suis débiteur de Titius de mille sesterces et votre créancier de la même somme. Je vous dis : Allez promettre mille sesterces sur la stipulation de Titius : il y aura tout à la fois novation par changement de créancier et novation par changement de débiteur : vous avez changé de créancier, car au lieu de rester mon débiteur vous êtes devenu le débiteur de Titius : Titius, au contraire, a changé de débiteur ; votre obligation est venue prendre la place de l'obligation dont j'étais tenu envers lui. La même obligation peut d'ailleurs être novée tout à la fois par changement de créancier et de débiteur. C'est ce qui arriverait si le tiers délégué par moi, au lieu de promettre à mon créancier lui-même, s'obligeait envers une autre personne déléguée par lui.

184. — La délégation présentait une trop grande utilité pour ne pas être très-usitée dans la pratique comme moyen d'opérer novation. Elle permettait, en effet, de simplifier les rapports d'obligation qui pouvaient exister entre plusieurs personnes. Le plus

souvent c'était un créancier qui déléguait son débiteur à son propre créancier. En pareil cas, la stipulation *novandi causâ* avait pour résultat d'éteindre deux obligations et de les remplacer par une seule. Le délégué cesse d'être débiteur du déléguant et le déléguant lui-même cesse d'être tenu envers le délégataire ; il n'y a plus qu'une seule obligation, celle du délégué envers le délégataire. La délégation pouvait même avoir pour résultat d'éteindre trois obligations et de les remplacer par une seule. Pour cela il suffit de supposer que le débiteur délégué s'engage envers un tiers désigné par le créancier du déléguant et qui est lui-même créancier de ce créancier. Je suis créancier de Secundus et débiteur de Primus ; je délègue mon débiteur Secundus à Primus ; mais celui-ci le délègue lui-même à Tertius, son propre créancier. Mon débiteur Secundus se trouve ainsi délégué en même temps par moi et par mon créancier : il n'y a plus qu'une seule dette, celle de Secundus envers Tertius. Il y a eu extinction de la dette de Secundus envers moi, de ma propre dette envers Primus, enfin de la dette de Primus envers Tertius. Au lieu de trois libérations nous en aurons quatre, si nous supposons que le créancier de mon créancier stipule, non plus de mon débiteur, mais du débiteur de mon débiteur. On pourrait encore compliquer davantage l'hypothèse et toujours l'on aboutirait au même résultat : extinction d'un certain nombre d'obligations qui se trouvent remplacées par une seule, celle du dernier délégué envers le dernier délégataire.

185. — La délégation ne permettait pas seulement de simplifier des rapports d'obligation ; elle avait encore un avantage considérable en ce qui concerne le transport des créances ou des dettes. Gaius (370) nous dit, en effet, que les modes usités pour transférer les choses corporelles ne peuvent être employés pour le transport des créances. Mais ce résultat pouvait

être atteint parla délégation (371). Le déléguant perd sa créance, comme s'il avait touché la somme que le délégué promet au délégataire (372) ; le droit repose désormais sur la tête du délégataire.

On comprendra mieux encore toute l'utilité de la délégation employée dans le but de transporter les créances, si l'on songe à ce principe, l'un des plus anciens du droit romain et qui fut longtemps un des plus absolus, c'est qu'un acte juridique ne peut être réputé l'œuvre de personnes qui n'y ont pas figuré, ni par conséquent produire ses effets à leur égard. Ce qu'il y avait de rigoureux dans ce principe fut également corrigé sous le système formulaire par la théorie de la *procuratio ad litem*. Sans doute ce mandat n'avait pas pour effet immédiat de transférer la créance ; mais le mandataire n'avait qu'à agir, et par l'effet de la *litis contestatio* le droit déduit en justice devenait sien, comme s'il lui eût toujours appartenu (373). Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point, lorsque nous rechercherons si la *litis contestatio* opère une véritable novation (V. *infra*, n° 243).

186. — Nous venons de voir comment la délégation pouvait être employée pour opérer novation, et quels étaient les principaux avantages que présentait son application en cette

(371) On a justement comparé la jurisprudence romaine au père de famille économe qui, tirant tout le parti possible des quelques ustensiles qu'il possède, les fait servir à des usages auxquels ils n'étaient pas naturellement destinés (Gide, *op. cit.*, p. 243). C'est ainsi que la cession de créances se dissimule sous l'apparence d'une action judiciaire ou d'une novation. De là il ne faut pas toutefois conclure à l'inaliénabilité des créances en droit romain. La créance était, à notre avis, aussi aliénable que les choses corporelles ; mais son transport ne pouvait être effectué que par des moyens différents et déterminés. V. dans ce sens, Gide, *op. cit.*, pp. 235 et suiv.

(372) Celsus, l. 21, § 1^{er}, *De donat.*, XXXIX, 5.

(373) Macer, l. 4, § 5, *De appellat.*, XLIX, 1.

matière. Ces avantages mêmes suffisent pour prouver que la délégation devait être employée fréquemment dans le but de novér. Les rédacteurs du Digeste l'ont bien montré également quand ils ont inséré dans ce recueil un titre intitulé : *De novationibus et delegationibus*. On peut donc dire qu'il y a certains rapports intimes entre la novation et la délégation, en ce sens que la délégation constitue le mode le plus usuel et le plus important d'opérer novation. Mais, si la délégation exécutée emporte souvent novation, il faut se garder de croire qu'elle ne constitue qu'une sorte de novation et qu'elle n'en diffère que comme l'espèce diffère du genre. Voilà le point qu'il importe maintenant de mettre en lumière. Nous allons chercher à établir, en effet, que la délégation n'était pas de sa nature une sorte de novation et qu'elle pouvait être employée à des usages bien différents, qui n'avaient parfois aucune analogie avec la novation. Qu'il puisse y avoir novation sans délégation, c'est ce que l'on ne saurait contester, puisqu'il peut y avoir novation entre les mêmes parties, et qu'un nouveau débiteur peut venir s'engager envers le créancier sans le concours du premier. A l'inverse, il peut y avoir délégation sans novation ; c'est ce que nous allons chercher à démontrer.

187. — La délégation, avons-nous dit, est un ordre suivi d'exécution ; mais en quoi peut consister cet ordre ? Il peut porter sur une *datio* : le déléguant charge le délégué de transférer au délégataire la propriété d'une somme d'argent ou de tout autre bien (374). Il y a toujours une prestation effectuée entre le délégué et le délégataire : l'un veut aliéner et l'autre acquérir la

(374) Papien, l. 57, § 1^{er}, *Dig., De conduct. indeb.*, XII, 6. — Marcellus, l. 61, *De evict.*, XXI, 2. — Ulpien, l. 5, § 8, *De jur. dot.*, XXIII, 3. — Paul, l. 14, pr. et § 1^{er}, *De fundo dotali*, XXIII, 5. — Mœcianus, l. 65, § 4, *Ad Snt. Trebel.*, XXXVI, 1. — Javolénus, l. 12, *Si quid in fraud. pat.*, XXXVIII, 5. — Ulpien, l. 4, § 26, *De dol. mali et met. except.*, XLIV, 4. — L. 7, C., *h. tit.*

propriété. Mais quelle est la cause de cette prestation ? Pourquoi le délégué a-t-il accepté de faire cette prestation ? Pourquoi le délégataire a-t-il consenti à la recevoir ? La réponse à cette question variera avec le but que les parties auront voulu atteindre : la cause de la prestation, c'est dans les rapports du déléguant avec le délégué et le délégataire qu'il faudra la chercher. Ce qui est certain, c'est que jamais il ne pourra être question de novation ; car le délégué a été chargé de transférer une propriété et non de s'obliger ; il n'y a pas de nouvelle obligation et, par conséquent, pas de novation possible. Essayons de mettre ces différents principes en lumière en prenant des exemples.

Je dois mille sesterces à Primus et je vous charge de payer cette somme à mon créancier. Il n'y avait aucun rapport entre vous, délégué, et Primus délégataire ; vous êtes restés étrangers l'un à l'autre jusqu'au jour où vous êtes venu, sur mon ordre, lui payer de vos deniers ce que je lui devais. Cette prestation constitue un paiement entre moi, déléguant, et Primus, délégataire. Je ne figure pas sans doute dans l'opération ; mais c'est sur mon ordre que les deniers ont été versés entre les mains de Primus ; c'est comme si je les avais comptés moi-même après les avoir reçus du délégué. *Qui mandat solvi, ipse videtur solvere* (375). Je suis donc libéré envers Primus par l'effet de ce paiement, *cum jussu meo solvis creditori meo, a creditore meo liberor* (376) ; et c'est à moi qu'appartiendra la *condictio indebiti*, si j'ai été dans l'erreur et si j'ai entendu me libérer d'une dette qui n'existait pas en réalité (377).

Entre moi, déléguant, et vous, délégué, la prestation ne constitue pas un paiement, puisque, nous le supposons, vous n'étiez tenu d'aucune dette envers moi. Qu'avez-vous donc fait, lorsque,

(375) Paul, l. 56, *De solut.*, XLVI, 3.

(376) Paul, l. 64, *eod. tit.*

(377) Ulpien, l. 8, § 3, *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1. — L. 6, C., *De condict. indeb.*, IV, 5.

pour exécuter la mission dont je vous avais chargé, vous êtes allé verser la somme de mille sesterces entre les mains de mon créancier, Primus ? Cette prestation peut n'être que l'exécution d'un contrat antérieur, d'un mandat que je vous avais précédemment donné pour administrer mes biens ; mais elle fera naître le plus souvent entre vous et moi un lien de droit qui n'existait pas encore. Vous avez pu vouloir, par exemple, me prêter la somme de mille sesterces (378), ou bien c'est une femme qui, sur l'ordre de son mari, a promis cette somme au créancier de ce dernier dans le but de se constituer une dot (379). Je suis tenu, dans la première hypothèse, en vertu du prêt, comme si vous m'aviez versé la somme dont il s'agit. Dans le second cas, le mari sera tenu de restituer la dot comme s'il l'avait reçue lui-même. Il se peut également que vous ayez voulu me faire une donation, en payant à Primus ce que je lui devais. Je me trouverai alors, vis-à-vis de vous, dans la situation d'un donataire à l'égard d'un donateur (380). Dans tous les cas, l'opération, quelle que soit sa cause, ne pourra jamais constituer une novation ; je suis toujours débiteur de mon créancier, Primus ; mon obligation sera éteinte sans doute, mais ce sera par l'effet du paiement. Il n'y a pas de stipulation nouvelle, et, par conséquent, il manque un élément essentiel pour que la novation puisse s'opérer.

188. — Si nous supposons qu'au lieu d'être débiteur du délégataire, je suis créancier du délégué, nous verrons des rapports analogues s'établir entre les parties. Vous me devez mille sesterces et je vous charge de les payer à Primus. Entre moi, déléguant, et vous, délégué, la prestation constitue un paiement, comme dans l'hypothèse précédente entre le déléguant et le délégataire. Je ne suis pas intervenu dans l'opération ; mais

(378) Ulpien, l. 5, § 8, *De jure dotium*, XXIII, 3.

(379) Ulpien, l. 19, *eod. tit.*

(380) Ulpien, l. 3, § 13, *De donat. inter virum et uxorem*, XXIV, 1.

c'est sur mon ordre que vous avez payé à Primus; c'est comme si vous m'aviez compté la somme à moi-même. *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset* (381). Vous êtes libéré par l'effet du paiement; *cum jussu meo, id quod mihi debes solvis creditori meo, et tu a me liberaris* (382). C'est contre moi que vous aurez la *condictio indebiti*, si ce paiement a été fait par erreur (383).

Que s'est-il passé entre moi, déléguant, et Primus, délégataire? Peut-être cette opération ne constitue-t-elle que l'exécution d'un contrat antérieur. Peut-être ai-je trouvé plus facile, au lieu d'aller moi-même toucher mon argent, de le faire verser entre les mains de mon banquier ou de mon mandataire. Il se peut que j'aie voulu vous prêter une somme d'argent que je n'avais pas alors à ma disposition (384). Peut-être est-ce une femme qui a voulu constituer une dot en chargeant son débiteur de payer à son mari (385). Je deviendrai créancier de Primus comme si j'avais reçu la somme et que je la lui aie versée entre les mains (386), et la femme pourra agir elle-même contre le mari en restitution de la dot (387). Il se peut enfin que j'aie voulu faire une libéralité à Primus. Je me trouverai alors en face

(381) Paul, l. 180, *De regul. juris*, l., 17. — V. aussi Marcellus, l. 61, *De evict.*, XXI, 2. — Mæcianus, l. 65, § 4, *Ad Snt. Trebel*, XXXVI, 1. — Africain, l. 15, § 1^{er}, *De statulib.*, XL., 7. — Marcien, l. 49, *De solut.*, XLVI, 3.

(382) Paul, l. 64, *De solut.*, XLVI, 3.

(383) Paul, l. 14, *Dig.*, *De condict. causâ datâ*, XII, 4. — Papinien, l. 57, § 1^{er}, *Dig.*, *De condict. indeb.*, XII, 6. — Ulpien, l. 13, *h. tit.* — Pomponius, l. 66, *De solut.*, XLVI, 3. L. 16, pr., *Rat. rem hab.*, XLVI, 8.

(384) Ulpien, l. 9, § 8, *Dig.*, *De reb. credit.*, XII, 1.

(385) Paul, l. 9, § 1^{er}, *Dig.*, *De condict. causâ datâ*, XII, 4. L. 56, pr., *De jure dotium*, XXIII, 3. — Ulpien, l. 4, § 21, *De doli mali et met. except.*, XLIV, 4.

(386) Ulpien, l. 9, § 8; l. 15, *Dig.*, *De reb. cred.*, XII, 1. — Celsus, l. 32, *ead. tit.* — Africain, l. 34, pr., *Mandati vel contrâ*, XVII, 1.

(387) Paul, l. 41, § 3, *De jure dot.*, XXIII, 3.

de lui dans la situation d'un donateur vis-à-vis d'un donataire (388). Dans tous les cas, il ne peut être question de novation ; il n'y a pas de stipulation, mais seulement un paiement qui éteint votre dette envers moi.

189. — Nous pouvons enfin combiner les deux hypothèses précédentes, et supposer que je suis tout à la fois votre créancier et le débiteur de Primus, délégataire. Dans ce cas, la prestation faite par vous à Primus a la même cause, soit dans mes rapports avec vous, délégué, soit dans mes rapports avec Primus, délégataire. Il y a paiement et il ne saurait être question de novation, car il n'y a pas de nouvelle stipulation. Le paiement fait par vous a éteint du même coup votre dette envers moi et ma dette envers Primus, ou plutôt il y a comme deux paiements, l'un fait par vous entre mes mains et l'autre fait par moi entre les mains de Primus (389). A l'inverse, nous pourrions supposer que je ne suis ni votre créancier ni le débiteur de Primus, et que je vous charge de remettre une certaine somme à ce dernier. Ici encore il ne saurait être question de novation, et il faudra toujours rechercher la cause de la prestation dans les rapports du déléguant avec le délégué et le délégataire.

190. — La délégation pouvait donc consister dans l'ordre d'effectuer un paiement, de transférer la propriété d'un bien ; mais elle pouvait aussi consister dans la mission de s'obliger, donnée par le déléguant au délégué. Dans ce cas encore, ce serait tomber dans une grave erreur que de croire que la délégation était simplement une espèce de novation. Alors même que l'ordre donné au délégué consistait dans le fait de contracter une obligation, la délégation, comme nous allons le voir, pouvait réaliser un tout autre résultat qu'une novation.

Je dois mille sesterces à Primus et je vous charge de lui promettre cette somme. Au lieu de réaliser immédiatement le béné-

(388) Ulpien, l. 3, § 12, *De donat. int. vir. et uxor.*, XXIV, 1.

(389) *Eod.*, *loc. cit.* — Celsus, l. 21, § 1^{er}, *De donat.*, XXXIX, 5.

fice de sa créance contre moi, Primus s'est contenté de recevoir votre obligation. Par l'effet de cette promesse je suis libéré envers lui comme si je lui avais payé ma dette: *Solvit et qui reum delegat.* — *Solutionis enim vicem hæc delegatio continet* (390), Il y a novation par changement de débiteur (391). Quelle est la cause de cette prestation entre moi déléguant, et vous délégué? Cette promesse peut ne constituer que l'exécution d'un mandat antérieur. Ce peut être un prêt; vous avez pu vouloir m'avancer la somme dont j'étais débiteur (392). Peut-être est-ce une femme qui, sur l'ordre de son mari, a promis cette somme à Primus dans le but de se constituer une dot (393). Il se peut également que vous ayez voulu me faire une libéralité. Nous serons alors considérés, moi comme donataire, et vous comme donateur. C'est donc contre moi que vous pourrez agir pour faire réduire la libéralité s'il y a lieu; mais vous ne pourrez opposer aucune exception à Primus, car c'est un créancier ordinaire qui poursuit le recouvrement de sa créance; *creditor suum petit* (394). De ce que le délégataire n'est pas un donataire il résulte également qu'il ne pourra se voir opposer l'exception du bénéfice de compétence (395) que vous auriez pu m'opposer à moi donataire (396). Dans tous les cas le délégué est censé avoir remis au déléguant la somme qu'il promet au délégataire.

191. — Je suis votre créancier de la somme de mille sesterces

(390) Ulpien, l. 8, § 3, *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1. — Paul, l. 37, § 4, *De operis libert.*, XXXVIII, 1.

(391) Ulpien, l. 11, pr., *h. tit.* — Gaius, III, 176. — *Inst.*, III, 29, § 3.

(392) Paul, l. 2, § 5, *Dig.*, *De reb. credit.*, XII, 1. — Papinien, l. 19, § 3, *De instit. act.*, XIV, 3.

(393) Marcellus, l. 59, pr., *De jure dot.*, XXIII, 3.

(394) Paul, l. 5, § 5, *De doli mali et met. except.*, XLIV, 4.

(395) Hermogénien, l. 33, § 3, *De donat.*, XXXIX, 5. — Tryphoninus, l. 33, *h. tit.*

(396) Ulpien, l. 33, *De jure dot.*, XXIII, 3. — L. 12, *De donat.*, XXXIX, 5. — L. 28, *De regul. jur.*, L, 17.

et je vous charge de promettre cette somme à Primus délégataire. Vous restez toujours débiteur, mais vous cessez d'être tenu envers moi pour devenir débiteur de Primus. J'ai perdu ma créance contre vous, comme si j'en avais reçu le paiement (397), non plus sans doute par l'effet d'un paiement réel, mais par l'effet de votre promesse à Primus. Il y a novation par changement de créancier (398). Que s'est-il passé entre moi déléguant et Primus délégataire ? Ce n'est pas un paiement que j'ai entendu lui faire, puisque, nous le supposons, je n'étais pas son débiteur. Ce peut être l'exécution d'un mandat antérieur (399). J'ai pu aussi vouloir lui prêter la somme promise par vous (400). Peut-être est-ce une femme qui a délégué son débiteur à son mari dans le but de se constituer une dot (401). Peut-être ai-je voulu faire une libéralité à Primus. Dans ce dernier cas la donation n'existe qu'entre moi et Primus ; quant à vous, vous ne faites que promettre ce que vous devez. Vous ne pourrez donc opposer à Primus l'exception de la loi *Cincia* ; c'est à moi qu'il appartiendra de faire réduire la libéralité qui dépasserait le taux légal (402).

192. — Si je suis tout à la fois votre créancier de mille sesterces et débiteur de la même somme envers Primus, et que je vous charge de promettre cette somme à mon créancier, il y aura extinction de deux dettes et création d'une nouvelle obligation entre vous, délégué, et Primus, délégataire. Ma créance contre vous se trouve éteinte par la promesse que vous avez faite à Primus, comme si j'en avais touché le montant : il y a novation

(397) Celsus, l. 21, § 1^{er}, *De donat.*, XXXIX, 5. — Vénuléius, l. 31, § 1^{er}, *h. tit.*

(398) Gaius, II, 38.

(399) Papinien, l. 57, § 1^{er}, Dig., *De condict. indeb.*, XII, 6.

(400) Celsus, l. 32, Dig., *De reb. credit.*, XII, 1.

(401) Paul, l. 9, § 1^{er}, Dig., *De condict. causâ datâ*, XII, 4. — Ulpien, l. 36 ; Tryphoninus, l. 45, § 1^{er} ; l. 78, § 5 ; Paul, l. 56, pr., *De jure dot.*, XXIII, 3. — Ulpien, l. 4, § 21, *De doli mali et met. except.*, XLIV, 4.

(402) Celsus, l. 21, § 1^{er}, *De donat.*, XXXIX, 5.

par changement de créancier. La créance de Primus contre moi se trouve également éteinte, comme si je lui avais fait un paiement: il y a novation par changement de débiteur.

Nous pouvons également supposer que je ne suis ni votre créancier, ni débiteur de Primus, et que je vous charge de lui promettre une certaine somme. Ici encore la cause de cette promesse devra être recherchée dans les rapports qui existent entre moi déléguant, d'une part, et vous délégué, et Primus délégataire, d'autre part. Ce pourra être un prêt, une donation, etc... Dans cette hypothèse, il ne saurait être question de novation; car il manque un élément essentiel, l'extinction d'une première obligation qui n'existait pas. Il n'y aura donc qu'une stipulation ordinaire entre vous et Primus qui aura sa cause dans un prêt, une donation etc.... C'est ainsi, par exemple, que la délégation pouvait être employée pour réaliser à la fois deux donations. C'est ce qui arriverait, si nous supposons que je veuille donner mille sesterces à Primus, et que celui-ci de son côté veuille donner la même somme à Secundus. Primus me déléguera alors à Secundus auquel il veut faire une donation (403). Il y a deux donations distinctes, l'une de moi, délégué, à Primus, déléguant, et l'autre de Primus à Secundus, délégataire; mais il n'y a pas donation entre moi, délégué, et Secundus, délégataire; ce n'est pas à Secundus que j'ai entendu donner, et ce n'est pas de moi que Secundus a entendu recevoir. Il en résulte que je ne pourrai pas opposer à la poursuite de Secundus l'exception *quod facere potest*, mais que je serai condamné pour le tout (404); car l'exception ne protège que le donateur poursuivi *ex donatione suâ* (405).

La délégation pouvait donc servir à des usages bien différents; elle pouvait spécialement avoir pour but d'éteindre des obliga-

(403) Julien, l. 2, § 2; Hermogénien, l. 33, § 3, *De donat.*, XXXIX, 5.

(404) Hermogénien, *loc. cit.*

(405) *Inst.*; IV, 6, § 38.

tions, de réaliser des prêts, de constituer une dot, de parfaire des donations. Plusieurs de ces résultats pouvaient d'ailleurs être atteints par une seule et même opération. Si je veux faire une donation à Primus, et que Secundus veuille me faire un prêt, je pourrai déléguer Secundus au créancier de Primus. Il y aura ainsi tout à la fois un prêt, une donation et extinction d'une obligation. La dette de Primus se trouve éteinte, car il y a novation par changement de débiteur. Il s'est formé un prêt entre moi, déléguant, et Secundus, délégué. Enfin, il y a donation faite par moi à Primus.

193. — La délégation, avons-nous dit, peut consister dans l'ordre de transférer une propriété ou de contracter une obligation. Nous pouvons ajouter qu'un créancier délégué pouvait recevoir d'un tiers déléguant la mission de faire acceptilation ou remise de sa dette à son débiteur, de telle sorte que la délégation pouvait encore avoir pour objet une libération (406). On peut donc dire, d'une manière générale : il y a délégation toutes les fois qu'une personne, sur l'ordre d'une autre, effectue une prestation envers une troisième personne délégataire.

Les développements qui précèdent suffisent pour montrer que la délégation n'est pas de sa nature une espèce de novation, mais qu'elle en est, au contraire, entièrement distincte. Elle peut avoir pour objet un paiement ou une libération, et dans ce cas il ne saurait être question de novation, puisqu'il n'y a pas de nouvelle stipulation. Elle peut consister dans l'ordre de contracter une obligation ; dans ce cas, il peut sans doute y avoir novation par changement de débiteur ou de créancier, ou tout à la fois par changement de débiteur et de créancier ; mais la délégation peut aussi constituer une opération tout à fait étrangère à la novation, alors qu'il n'existe aucune dette antérieure du déléguant envers le délégataire, ou du délégué envers le déléguant.

(406) Ulpien, l. 36, ; l. 38, *De jure dot.*, XXIII, 3.

194. — Nous savons ce que c'est que la délégation et quels sont les principaux usages auxquels elle pouvait être employée. Nous allons maintenant nous occuper spécialement de la délégation employée comme mode d'opérer novation, et rechercher quelles sont les conditions essentielles pour qu'elle opère novation ; quelle est la capacité requise pour figurer dans une délégation ; quels sont ses effets et quelles sont les voies de recours qui peuvent appartenir au délégué. Enfin, nous dirons quelques mots d'une importante question, celle de savoir quelles sont les conséquences de l'insolvabilité du délégué.

La délégation, nous l'avons vu, peut opérer novation, soit par changement de débiteur ou de créancier, soit tout à la fois par changement de débiteur et de créancier.

A quelles conditions la novation pourra-t-elle s'opérer ?

Sur cette question nous nous contenterons de renvoyer aux développements que nous avons précédemment donnés, en parlant des éléments essentiels à toute novation. Il faut, avons-nous dit, extinction d'une obligation ancienne. Voilà pourquoi il ne peut y avoir novation quand il n'existe aucun rapport d'obligation, soit entre le déléguant et le délégué, soit entre le déléguant et le délégataire. Il faut et il suffit qu'il y ait une stipulation valable en la forme, quelle que soit l'utilité qu'elle procure au créancier. La délégation suppose d'ailleurs le consentement de trois personnes, à la différence de ce qui a lieu pour la novation entre les mêmes parties. Je suis votre créancier et je vous charge de promettre à Titius ce que vous me devez. Il faut, bien entendu, mon consentement ; Titius ne saurait stipuler de mon débiteur ce qu'il me doit et me priver de ma créance sans ma volonté (407). Il faut le consentement de Titius, puisque c'est lui qui stipule et qui doit devenir créancier. La formule n'est qu'une lettre morte, ce qui l'anime et la vivifie, c'est la volonté de celui qui la prononce. Enfin, il faut le consentement

(407) Ulpian, l. 8, § 5, *h. tit.*

de mon débiteur ; car je ne peux le contraindre à prononcer les paroles de la stipulation et à accepter pour créancier une personne qui lui est étrangère (408). La délégation exécutée, le cédant cessait *ipso jure* d'être créancier et le cessionnaire le devenait immédiatement (409) ; mais elle présentait cet inconvénient de ne pouvoir être employée qu'avec le consentement du débiteur cédé. Le créancier trouvait dans la *procuratio in rem suam* un moyen d'éviter cet inconvénient. Par l'effet de la *litis contestatio*, le droit déduit en justice appartenait désormais au cessionnaire, et pour cela il n'était pas nécessaire du consentement du débiteur (410).

Si je suis débiteur de Primus et que je vous charge de lui promettre la somme que je lui dois, il faudra mon consentement pour qu'il y ait délégation. Sans doute, mon obligation pourra être éteinte à mon insu et même contre ma volonté par un tiers qui viendra s'obliger à ma place ; mais il n'y aura plus délégation, car elle suppose le concours de trois personnes ; il y aura *expromissio* en prenant ce mot dans le sens spécial qui lui a été donné. Il faut le consentement du nouveau débiteur qui ne saurait être obligé malgré lui. Enfin il faut le consentement de mon créancier, Primus ; car je ne peux le contraindre à me libérer en acceptant un nouveau débiteur à ma place.

La délégation était donc volontaire (411), mais le consentement des parties n'était soumis à aucune forme. La délégation pouvait avoir lieu par écrit ou même sur un simple signe. *Delegare scripturâ, vel nutu, ubi fari non potest, debitorem suum quis potest* (412). Le consentement du délégant pouvait aussi inter-

(408) L. 1 ; l. 6, C., *h. tit.*

(409) Gaius, II, § 38.

(410) Gaius, II, § 39. — L. 3, C., *De heredit. vel act. vendit.*, IV, 39. — L. 1, C., *h. tit.*

(411) V. cependant, Paul, l. 29, *De liberat. legat.*, XXXIV, 3.

(412) Ulpian, l. 17, *h. tit.*

venir après coup. Si vous avez stipulé de mon débiteur *novandi causâ*, la novation s'opérera si je ratifie cette opération et que je consente ainsi à perdre ma créance. *Si quis absente me a debitore meo stipulatus est novandi animo, ego postea ratum habuero, novo obligationem* (413). De même, si un tiers est venu s'obliger à ma place envers mon créancier et que je ratifie cette obligation, je serai tenu envers lui de l'action *mandati contraria* (414).

Nous savons d'ailleurs qu'à partir d'une certaine époque il ne suffit plus d'une stipulation valable en la forme pour opérer novation ; il faut encore que la stipulation intervenue entre le délégué et le délégataire ait été faite *animo novandi* (V. *suprà*, n^{os} 79 et suiv.). En stipulant du délégué, le créancier a pu entendre conserver son droit contre le déléguant et avoir désormais deux débiteurs au lieu d'un seul. De même, lorsque le délégataire a stipulé de mon débiteur sur mon ordre, peut-être avons-nous entendu simplement lui donner le droit de poursuivre le remboursement de ma créance, sans vouloir éteindre le droit que j'avais seul auparavant. Il ne suffit donc plus de la volonté générale de stipuler ; il faut encore l'intention particulière de stipuler dans le but de nover. Sous Justinien cette intention ne peut plus être admise en vertu de telle ou telle présomption ; mais elle doit ressortir clairement de l'acte sans qu'il soit nécessaire cependant de l'exprimer formellement (V. *suprà*, n^{os} 84 et 85).

195. — Nous avons étudié, d'une manière générale, les règles d'après lesquelles on doit déterminer la capacité des parties pour figurer dans une stipulation *novandi causâ*, soit comme stipulant, soit comme promettant (V. *suprà*, n^{os} 101 et suiv.). La matière de l'*expromissio* et de la délégation soulève à ce point de vue des questions particulières qu'il nous faut maintenant examiner ; nous voulons parler spécialement de la défense faite

(413) Paul, l. 22, *h. tit.* — Ulpien, l. 12, § 4, *De solut.*, XLVI, 3.

(414) Ulpien, l. 60, *De regul. jur.*, L. 17.

aux femmes par le Sénatus-consulte Velléen de s'obliger pour autrui. Nous n'avons pas à nous livrer ici à une étude complète et détaillée des dispositions de ce Sénatus-consulte, mais seulement à en faire l'application à notre matière et à signaler en quelques mots les effets de cette prohibition dans les rapports du créancier, soit avec la femme, soit avec le tiers pour lequel elle est intervenue.

Des Edits rendus par Auguste et Claude étaient venus protéger les femmes mariées contre une influence facile à subir, en leur interdisant de s'obliger pour leurs maris : *ne fœminæ pro viris suis intercederent* (415). Cette prohibition fut généralisée par le Sénatus-consulte Velléen, rendu probablement en l'année 46 de l'ère chrétienne, qui confirma et mit à l'abri de toute controverse une jurisprudence antérieure, et défendit à toute femme de s'obliger pour son mari ou pour un tiers : *ne pro ullo fœminæ intercederent* (416). On a voulu sans doute exclure les femmes de la participation à des actes que l'on considérait comme devant être réservés aux hommes (*officia virilia*) (417) ; mais cette prohibition fut aussi interprétée en leur faveur. On y vit une précaution à prendre en vue de l'inexpérience de la femme et de la faiblesse de son sexe. Elle aurait pu se laisser aller trop facilement à des actes dont elle n'aurait pas aperçu le danger, et ne pas réfléchir assez au préjudice que pourrait lui causer l'engagement qu'elle acceptait. *Plenissime fœminis omnibus subventum est. — Opem tulit mulieribus, propter sexus imbecillitatem multis hujusmodi casibus suppositis atque objectis* (418).

196. — D'une manière générale, il y a *intercessio* au point de vue du Sénatus-consulte, dans le fait de celui qui sans intérêt

(415) *Eod.*, l. 2, pr., *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1.

(416) Paul, l. 1, pr., *eod. tit.*

(417) Ulpien, l. 2, § 1^{er}, *eod. tit.*

(418) *Eod.*, l. 2, §§ 1^{er} et 2, *eod. tit.*

personnel s'adjoind à un débiteur étranger ou substitue sa propre obligation à la sienne (419). L'*intercessio* peut donc avoir un caractère accessoire, quand à côté d'elle il existe une obligation principale à laquelle elle vient s'adjoindre. Elle peut, au contraire, exclure l'idée d'une autre obligation ; de là, la distinction qui a été faite entre l'intercession cumulative et l'intercession privative. C'est dans cette dernière catégorie que rentre l'*expromissio*, en prenant ce mot dans son sens général, c'est-à-dire le fait de la femme de s'obliger pour une autre personne avec ou sans le concours de cette dernière. Le Sénatus-consulte ne s'appliquait d'ailleurs qu'aux actes constitutifs d'*intercessio*, et la femme pouvait toujours s'appauvrir au profit d'autrui par un acte qui ne l'obligeait pas elle-même ; par exemple, par une aliénation à titre de paiement ou de donation (420). En vertu du même principe, elle pouvait valablement contracter toute espèce d'obligation, considérée comme équivalente à un paiement ou ayant pour effet immédiat de consommer une donation.

197. — Faisons plus spécialement application de ces différentes règles à la matière de la novation, et voyons à quelles conséquences elles conduisent en ce qui concerne la capacité de la femme de figurer dans une délégation.

Il n'est pas douteux que la femme pouvait jouer le rôle de délégataire. Dans ce cas, la femme ne s'oblige pas ; mais elle acquiert, au contraire, une créance contre le délégué. Il se peut sans doute qu'elle ne soit pas créancière du déléguant, et que celui-ci ait entendu lui faire une avance en lui faisant promettre par un tiers les deniers qu'il n'avait pas entre les mains. La femme sera alors tenue en vertu du prêt envers le déléguant ; mais elle n'a pas entendu se charger d'une obligation étrangère ; elle a fait sa propre affaire et se trouve obligée par suite d'un

(419) L. 4, C., *Ad Snt: Vel.*, IV, 29.

(420) Ulpien, l. 4, § 1^{er} ; Gaius, l. 5, Dig., *ead. tit.*, XVI, 1.

contrat de prêt intervenu entre elle et le délégant, comme si celui-ci lui avait versé lui-même la somme prêtée.

198. — Mais la femme peut-elle jouer le rôle de délégué, et, d'une manière plus générale, peut-elle venir s'engager envers un créancier et prendre à sa charge une obligation étrangère ? Quand une femme débitrice est déléguée, elle s'oblige valablement pour le délégant, son créancier, envers le délégataire, créancier de son créancier. Elle prend sans doute à sa charge l'obligation du délégant envers le créancier de celui-ci ; mais par cette *intercessio* elle ne fait que gérer sa propre affaire. Il n'y a pas d'*intercessio* dans le sens du Sénatus-consulte Velléen. La femme, en promettant au délégataire, n'a pas entendu s'obliger dans l'intérêt d'un tiers ; elle a voulu se libérer de sa dette envers le délégant ; c'est comme si elle avait fait un paiement, et que le délégant ait ensuite payé lui-même son créancier, délégataire (421). La femme peut de même s'obliger par *expromissio* pour son propre créancier envers le créancier de ce dernier (422). Ici encore, la femme a entendu payer sa propre dette en promettant la somme au créancier de son créancier, et si cette dette n'est pas éteinte *ipso jure*, elle le sera du moins *exceptionis ope*. La femme pourra paralyser la demande que son créancier voudrait former encore contre elle.

Mais il en serait autrement si la femme n'était pas réellement débitrice du délégant ou de celui pour lequel elle s'est portée *expromissor*. Il y aurait alors une *intercessio* ; car la femme s'obligerait envers le créancier dans l'intérêt d'un tiers ; il y aurait obligation d'un côté sans qu'il y ait libération de l'autre (423). Elle pourra donc invoquer avec succès le Sénatus-consulte, et cela quand même le créancier délégataire aurait été

(421) Paul, l. 24, pr., *ead. tit.* — L. 2, C., *ead. tit.*, IV, 29.

(422) Gaius, l. 13, pr., *ead. tit.*

(423) Ulpien, l. 8, § 8, *ead. tit.* — Paul, l. 19, *De novat.*, XLVI, 2. — L. 2, C., *Ad Snt. Vel.*, IV, 29.

de bonne foi, c'est-à-dire aurait cru qu'elle était réellement débitrice de celui pour qui elle s'obligeait envers lui. Le créancier était ainsi traité avec plus de rigueur dans cette hypothèse que dans le cas où la femme s'obligeait comme personne interposée, et que la nature de l'acte ne faisait pas présumer l'*intercessio*. Dans ce dernier cas, en effet, le Sénatus-consulte ne pouvait lui être opposé lorsqu'il avait été de bonne foi, c'est-à-dire quand il avait ignoré que la femme intercédait, et avait cru qu'elle s'obligeait pour elle-même (424). Personne n'aurait voulu traiter avec une femme, si, dans tous les cas, le Sénatus-consulte avait pu lui être opposé. Quand une femme se présente pour emprunter de l'argent qui doit, au moins en apparence, servir à son usage personnel, il est permis au créancier de croire que c'est en effet à son usage qu'il doit être employé, et le Sénatus-consulte ne peut lui être opposé, à moins qu'il ne soit prouvé qu'il a connu l'*intercessio*.

Cette différence est clairement exposée dans un texte d'Africain (425). Un mari vend à vil prix une chose à sa femme dans l'intention de lui faire une donation ; puis il délègue sa femme à son créancier en qualité de débitrice du prix de vente. L'opération n'a aucune valeur, dit le jurisconsulte (426). La femme n'est donc pas débitrice de son mari, et son obligation envers le créancier de son mari n'est pas autre chose qu'une *intercessio*. Le créancier n'est donc pas tenu de prendre autant de précautions quand il s'agit de traiter directement avec la femme dès le début, que lorsqu'il s'agit de l'accepter comme débitrice au lieu et place d'une autre personne. *Quoniam quidem plurimum intersit, utrum cum muliere quis ab initio contrahat, an alienam obligationem in eam transferat.*

(424) Paul, l. 11 ; l. 12, *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1.

(425) L. 17, pr., *eod. tit.*

(426) Cpr. Ulpien, l. 38, *De contrah. empt.*, XVIII, 1. — L. 5, § 5, *De donat. int. vir. et uxo.*, XXIV, 1.

Dans ce dernier cas il doit soigneusement rechercher si la femme est débitrice du déléguant, puisqu'elle pourra se prévaloir du Sénatus-consulte, alors même qu'il aurait ignoré qu'elle n'était pas débitrice. *Tunc enim diligentiores esse debere.*

Ulpien (427) nous rapporte toutefois l'opinion de Marcellus qui faisait une exception à la règle que la femme non réellement débitrice du déléguant pouvait se prévaloir du Sénatus-consulte. Il lui refusait ce secours dans le cas où elle s'était engagée comme étant débitrice du déléguant, et non dans le but de prendre à sa charge une obligation étrangère sans être libérée de son côté. *Si quasi debitor delegata est.... exceptionem ei Senatus-consulti Marcellus non daret.* Dans ce cas la femme ne pouvait repousser l'action du délégataire par l'exception du Sénatus-consulte ; mais, comme elle s'était engagée pour se libérer d'une dette qui n'existait pas, Marcellus lui donnait un recours contre le délégant pour recouvrer ce qu'elle avait déjà payé, ou pour obtenir sa libération.

199. — Jusqu'ici nous avons toujours supposé que la femme venait elle-même promettre et s'obliger dans l'intérêt d'un tiers ; mais il se peut qu'elle joue elle-même le rôle de délégant et charge une autre personne de s'obliger à sa place pour libérer un tiers. Cette délégation constitue-t-elle une *intercessio* qui tombe sous l'application du Sénatus-consulte ? Il faut faire sur ce point différentes distinctions.

La femme peut sans aucun doute déléguer son propre débiteur au créancier de quelqu'un dans le but de le libérer. Peut-être la femme était-elle elle-même débitrice de ce débiteur, et alors elle fait sa propre affaire ; elle se libère en même temps de sa dette envers lui. Peut-être a-t-elle voulu lui faire un prêt ou une donation : dans tous les cas il n'y a pas *intercessio*, car la femme doit obliger sa personne ou sa chose pour qu'il y ait *intercessio* (428). Or, la femme ne s'oblige pas en déléguant son

(427) L. 8, § 2, *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1.

(428) Gaius, l. 5 ; Ulpien, l. 8, § 5, *eod. tit.*

propre débiteur ; elle fait promettre par lui la somme qu'elle aurait pu verser elle-même après l'avoir reçue de son débiteur ; c'est comme si elle faisait un paiement ; *solvit et qui reum delegat* (429). La femme peut en effet valablement aliéner ; le Sénatus-consulte ne lui défend pas de diminuer son patrimoine. *Mulier enim per Senatus-consultum relevatur, non quæ deminuit restituitur* (430). Elle peut donc payer comptant la dette d'autrui, soit pour faire une donation au débiteur, soit dans tout autre but (431). Elle peut donc également déléguer son débiteur au lieu d'effectuer elle-même le paiement. On suppose que la femme est assez intéressée pour ne pas faire inconsidérément un acte qui appauvrit son patrimoine d'une manière évidente et actuellement. Elle aurait pu, au contraire, se laisser facilement entraîner à s'obliger pour autrui, et s'exposer à un préjudice dont elle n'aurait pas tout d'abord compris la portée. *Hoc ideo, quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat* (432). C'est dans le même esprit qu'avait été conçue la prohibition d'hypothéquer le fonds dotal, même avec le consentement de la femme, tandis que ce consentement suffisait pour en autoriser l'aliénation.

La femme qui veut libérer un tiers de sa dette peut donc, dans ce but, déléguer son débiteur au créancier de ce tiers. Mais ce paiement n'est valable qu'autant que la femme ne se trouve pas déjà obligée en vertu d'une *intercessio* réprouvée par le Sénatus-consulte. Si, en effet, elle se trouvait déjà obligée, la délégation de son débiteur au créancier de celui qu'elle entend libérer équivaldrait à un paiement de sa part, et le paiement fait en exécution de son intercession serait lui-même frappé de la même invalidité (433).

(429) Ulpien, l. 8, § 3, *eod. tit.*

(430) *Eod.*, l. 8, § 5, *in fine, eod. tit.*

(431) Ulpien, l. 4, § 1^{er}, *eod. tit.* — L. 1, C., *eod. tit.*, IV, 29.

(432) Ulpien, *loc. cit.*

(433) *Eod.*, l. 8, § 3, *Ad. Snt. Vel.*, XVI, l. — L. 1 ; l. 9, C., *eod. tit.*, IV, 29.

Cette distinction entre le cas où la femme n'a pas encore fait d'*intercessio*, et celui où elle se trouve déjà obligée contrairement au Sénatus-consulte, permet peut-être de concilier deux lois qui paraissent au premier abord contradictoires. Pomponius (434) suppose qu'une femme a vendu un fonds de terre à un créancier, soit de son mari, soit de tout autre débiteur. Plus tard elle exerce la revendication contre l'acheteur pour lui enlever cet immeuble. Si ce dernier lui oppose l'exception *rei venditæ et traditæ*, la femme pourra la paralyser par la réplique : *aut si ea vinditio contra Senatus-consultum facta sit*. Cette décision n'est-elle pas en contradiction avec la loi 5, livre XVI, titre 1^{er}, *Ad Snt. Velleianum*? Dans cette loi, Gaius nous dit que l'on peut déléguer au créancier d'un tiers l'acheteur débiteur du prix de vente. Or, dans l'hypothèse prévue par Pomponius, l'acheteur pouvait être considéré comme délégué et délégataire. Il était débiteur envers la femme du prix de vente, et comme tel délégué par la femme à lui-même pour se payer ce qui lui était dû comme créancier du mari ou d'un tiers. Il ne devait donc pas y avoir *intercessio*, aux termes de la loi 5, puisque la femme ne faisait en réalité que déléguer son propre débiteur au créancier d'une autre personne. Ces deux décisions n'ont rien de contradictoire, si l'on admet que Pomponius suppose une *intercessio* préexistante. La femme n'avait alors vendu son fonds que pour exécuter une obligation déjà contractée contrairement au Sénatus-consulte, et nous avons vu que dans ces circonstances le paiement est aussi invalide que l'*intercessio* elle-même.

200. — Il se peut que la femme délègue au créancier de celui qu'elle veut libérer, un tiers qui n'est pas son débiteur. Ici encore il faut faire une distinction : la délégation donnée par la femme ne constituera pas une *intercessio* réprouvée par le Sénatus-consulte, toutes les fois que l'opération aura pour but de la libérer elle-même d'une dette. Primus doit mille sesterces

(434) L. 32, § 2, Dig., *eod. tit.*

à Secundus et se trouve créancier de Secunda de la même somme. Il charge Secunda de promettre pour lui à son créancier Primus. Cette femme elle-même s'adresse à Tertius qui va promettre la somme à Primus dans l'intention de faire à la femme, soit un prêt, soit une donation. Il n'y a rien dans cette opération qui soit réprouvé par le Sénatus-consulte. Sans doute la femme pourra se trouver obligée envers Tertius, si celui-ci a entendu lui faire une simple avance ; mais en intercédant ainsi, la femme a fait sa propre affaire ; elle s'est libérée de sa propre dette envers Primus. Pour la même raison, la femme qui serait déjà obligée envers Secundus pour son créancier Primus, pourrait également déléguer Tertius à Secundus ; car ici encore elle ferait sa propre affaire et serait tenue de rembourser au délégué au lieu d'être obligée envers le délégataire.

Le Sénatus-consulte devrait, au contraire, recevoir son application, si la femme n'était pas débitrice de celui qu'elle veut libérer (435). Elle s'obligerait alors véritablement dans l'intérêt d'un tiers sans faire sa propre affaire, puisqu'elle serait exposée à un recours de la part du délégué. Il y aurait donc là une véritable *intercessio* faite en fraude du Sénatus-consulte qui ne devrait pas être validée.

En résumé, la femme ne peut se porter *expromissor* ou jouer le rôle de délégué, dans l'intérêt d'une personne dont elle n'est pas elle-même débitrice. Elle ne peut non plus déléguer un tiers qui n'est pas son débiteur au créancier de celui qu'elle entend libérer, alors du moins qu'elle ne fait pas sa propre affaire, que cette délégation n'a pas pour but de la libérer elle-même, et qu'elle serait exposée au recours du délégué. Au contraire, la femme peut déléguer son propre débiteur au créancier de celui qu'elle veut libérer, pourvu que cette délégation ne soit pas l'exécution d'une *intercessio* antérieure, réprouvée par le Sénatus-consulte.)

(435) Ulpien, l. 8, §§ 4 et 6, *ead. tit.*

201. — Il est cependant des cas où l'*intercessio* faite par la femme sera valable, soit parce qu'elle ne constituera pas une intercession dans le sens du Sénatus-consulte, soit parce que l'on se trouvera dans l'une ou l'autre des exceptions qui ont été apportées à cette prohibition.

Nous venons déjà de signaler certaines hypothèses dans lesquelles le Sénatus-consulte ne recevait pas son application, parce que la femme, en intercédant, avait géré sa propre affaire. Il se peut aussi que la femme ait été indemnisée à l'avance de son obligation, et que le déléguant lui ait remis une somme dans le but de la payer ou de la promettre à son créancier. Il y a sans doute *intercessio* quand la femme s'oblige envers ce créancier pour le débiteur ; mais cette intercession ne tombe pas sous l'application du Sénatus-consulte. La femme était, en effet, tenue par l'action née du mandat de rendre compte de l'emploi de la somme qu'elle avait reçue dans le but de procurer au débiteur sa libération. En promettant cette somme au créancier, ou en la faisant promettre par un tiers, elle a donc fait en réalité sa propre affaire ; elle s'est libérée elle-même de l'obligation dont elle était tenue envers le déléguant. *In rem suam videtur obligari* (436).

Il en serait de même si la femme se trouvait indemnisée de l'obligation qu'elle contracte, soit au moment même où elle s'oblige, soit après s'être obligée et avant d'être poursuivie (437).

Justinien (438) décida que la femme ne pourrait plus se prévaloir du Sénatus-consulte, s'il était établi qu'elle avait reçu quelque chose pour intercéder : *Sive ab initio, sive postea aliquid accipiens*. . . . Cette solution est en parfaite harmonie avec celle qui était déjà consacrée avant Justinien, notamment

(436) Paul, l. 22, *eod. tit.*

(437) Julien, l. 16, pr., Callistrate, l. 21, pr., Dig., *eod. tit.* — L. 23, pr., C., *eod. tit.*

(438) L. 23, C., *eod. tit.*

par Paul et Julien (439) ; mais la manière dont s'exprime ce prince, permet de penser qu'il s'était élevé des difficultés sur le point de savoir quelle somme la femme devait avoir reçue, et comment devait se faire la preuve de cette avance. Justinien décide qu'il suffit que la femme ait reçu quelque chose, *aliquid*. La femme a sans doute en vue son propre intérêt, dès qu'elle n'a consenti à intercéder qu'en recevant quelque chose, alors même que cette somme serait inférieure à celle qu'elle s'est engagée à payer. Telle est, du moins, l'explication qui nous paraît la plus conforme au texte même de cette loi et à l'esprit dans lequel elle a été rédigée ; car Justinien déclare qu'il a voulu *supervacuas distinctiones exulare* (440).

Quant aux modes de preuve, Justinien décide qu'il suffit que l'acte public rédigé pour constater l'intercession énonce que la femme a reçu quelque chose. *Omnimodo esse credendum*.

C'est pour la même raison qu'il n'y aurait pas *intercessio*, au point de vue du Sénatus-consulte, si la femme prenait en justice la défense de quelqu'un, qui, s'il était condamné, aurait un recours contre elle, par exemple, de son fidéjusseur qui aurait pu se faire indemniser par l'action *mandati* (441).

202. — L'*intercessio* serait également valable, si elle avait pour but et pour effet immédiat de réaliser une donation au profit d'un tiers. La femme pourrait donc, par exemple, se porter *expromissor* ou se laisser déléguer par un débiteur à son créancier *animo donandi*. Il y a sans doute *intercessio* ; car la

(439) L. 16, pr., l. 22, Dig., *ead. tit.*

(440) On a cependant voulu interpréter autrement la loi dont il s'agit. Les uns ont prétendu que la femme devait recevoir autant qu'elle s'obligeait à payer. D'autres soutiennent qu'elle doit avoir reçu au moins autant qu'il en aurait fallu pour décider un homme prudent à intercéder. V. sur cette controverse, la Thèse pour le doctorat, présentée par notre regretté maître, M. Dubois, à la Faculté de Paris, sur la *Condition légale des femmes sous le rapport du Sénatus-consulte Velléien* (pp. 57 et suiv.).

(441) Paul, l. 3 ; Gaius, l. 13, pr., *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1.

femme devient débitrice d'une obligation étrangère dans l'intérêt d'un tiers ; mais cette *intercessio* ne tombe pas sous l'application du Sénatus-consulte, si l'on considère le but dans lequel il a été rendu et le danger qu'il a voulu prévenir. La femme aurait pu se laisser entraîner facilement à s'obliger pour autrui, en se fondant sur des espérances vaines et trompeuses. Elle aurait pu penser que ce service rendu à un débiteur n'appauvrirait pas en définitive son patrimoine, car elle pourrait ensuite recourir contre ce débiteur qui, revenu à une meilleure situation de fortune, ne manquerait pas de s'acquitter de ses dettes. Voilà le danger que le Sénatus-consulte a voulu prévenir : il a voulu protéger la femme contre la confiance trompeuse où elle serait de n'avoir rien à déboursier. Mais il n'a pas interdit aux femmes de diminuer leur patrimoine au profit d'un tiers (442). Il n'a pas voulu non plus les protéger contre tout engagement inconsidéré. La femme ne doit pas être assimilée aux mineurs de 25 ans (443). Ce qu'il a voulu, nous le répétons, c'est la préserver contre toute obligation contractée dans l'espoir qu'elle ne serait obligée que pour la forme et qu'elle n'aurait rien à déboursier.

Il faut en conclure qu'elle sera valablement obligée toutes les fois qu'elle n'aura pu avoir cette espérance, et spécialement dans le cas où elle aura agi *animo donandi*. La femme fait une donation, non-seulement quand elle verse à ce titre une certaine somme, mais encore quand elle intercède *donandi causâ* dans le but de procurer à un tiers sa libération. Elle diminue réellement son patrimoine par cette *intercessio*, puisqu'elle ne conserve aucun recours contre celui qu'elle a entendu libérer. Il faut donc reconnaître la validité de l'obligation contractée par la femme, parce qu'elle a fait un sacrifice évident, parce qu'il est impossible qu'elle ait conservé l'espoir de ne rien déboursier (444).

(442) Ulpien, l. 8, § 5, *eod. tit.*

(443) Pomponius, l. 32, pr., *eod. tit.*

(444) Cpr. Ulpien, l. 4, § 1^{er} ; Callistrate, l. 21, § 1^{er}, *eod. tit.*

203. — Nous venons de voir des cas dans lesquels il n'y a pas intercession dans le sens du Sénatus-consulte, soit parce que la femme a fait sa propre affaire, soit parce qu'elle n'a pu agir dans la confiance trompeuse de n'avoir rien à déboursier. Il est d'autres hypothèses dans lesquelles la prohibition ne s'appliquait pas, bien qu'il y eût une véritable *intercessio* dans le sens du Sénatus-consulte. Nous nous contenterons de signaler quelques-unes de ces exceptions dont nous ne pouvons faire ici une étude détaillée.

Les unes étaient fondées sur la cause de l'*intercessio*. C'est ainsi que le préteur pouvait, *causâ cognitâ*, admettre une femme à défendre en justice *pro alio* dans un procès pour ses ascendants, quand ils étaient empêchés par l'âge ou la maladie, et que personne ne se présentait pour jouer le rôle de défendeur (445).

D'autres exceptions étaient fondées sur la situation favorable du créancier. Si la femme s'était obligée pour une autre personne envers un mineur de 25 ans, celui-ci pouvait, en principe, être repoussé par l'exception du Sénatus-consulte. Il en était autrement dans le cas particulier où le débiteur primitif était insolvable : l'intérêt du mineur était alors trouvé plus digne de faveur que celui de la femme qui restait obligée malgré le Sénatus-consulte (446).

Enfin, d'autres exceptions étaient fondées sur un fait de la femme. C'est ainsi qu'elle ne pouvait invoquer la protection du Sénatus-consulte, quand elle avait commis un dol en intercedant pour autrui. *Nam deceptis, non decipientibus opitulatur* (447).

(445) Paul, l. 41, Dig., *De procurat.*, III, 3. — V. aussi, Julien, l. 32, § 2, Dig., *De condict. indeb.*, XII, 6. — Ulpien, l. 3, §§ 2 et 3, *De liberali causâ*, XL, 12. — LL. 12, 24, 25, C., *Ad Snt. Vel.*, IV, 29. — L. 3, C., *Si mater indemnitem*, V, 46.

(446) Gaius, l. 12, Dig., *De minor vigint. an.*, IV, 4.

(447) Ulpien, l. 2, § 3, *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1. — L. 18, C., *eod. tit.*, IV, 29. — V. aussi, Paul, l. 23 ; l. 30, pr., Dig., *eod. tit.*

La femme devenue héritière du débiteur pour lequel elle avait intercedé, pouvait également être poursuivie, non-seulement par l'action restitutoire, mais encore directement par l'action née de son intercession au profit du créancier (448).

Le Sénatus-consulte cessait également de recevoir son application, quand, après un délai de deux ans, la femme majeure se chargeait encore de la même dette par une nouvelle *intercessio* (449). Sa volonté paraissait alors bien arrêtée ; peut-être avait-elle un certain intérêt personnel à agir de la sorte, et le Sénatus-consulte ne devait plus la soustraire à son obligation.

Nous ne voulons pas discuter ici la question de savoir si la femme, d'une manière générale, pouvait renoncer à se prévaloir du bénéfice du Sénatus-consulte (450). Ce qui est certain, c'est qu'elle le pouvait dans certains cas, et qu'elle devait même le faire quand, après avoir intercedé pour quelqu'un, elle se présentait en justice pour défendre à sa place (451). Ce qui est certain également, c'est que sous Justinien la prohibition peut être éludée par un mensonge solennel ; car il suffit, nous l'avons vu, que la femme, dans l'acte d'intercession, ait déclaré avoir reçu quelque chose pour s'obliger (452).

204. — Justinien maintint d'ailleurs et augmenta même l'incapacité de la femme de s'obliger pour son mari, en déclarant nulle et non avenue son obligation, quand même elle aurait été

(448) Ulpien, l. 8, § 13, Dig., *eod. tit.*

(449) L. 22, C., *eod. tit.*

(450) V. sur cette question, M. Dubois, Thèse pour le doctorat, *De la condition légale des femmes sous le rapport du Sénatus-consulte Velléien*, pp. 74 et suiv.

(451) Pomponius, l. 32, § 4, *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1. — V. aussi, *Auth. matri et avia*, et l. 3, C., *Quando mulier tutelæ off.*, V, 35.

(452) Justinien décida que la femme ne pourrait désormais s'obliger pour autrui que par acte public, signé de trois témoins. L. 23, § 2, C., *Ad Snt. Vel.*, IV, 29. — V. sur la portée de cette Constitution et les différentes interprétations qu'elle a reçues, M. Dubois, *op. cit.*, pp. 112 et suiv.

renouvelée plusieurs fois (453). Cette disposition a une très-grande portée : elle frappe même les intercessions qui ne sont point à proprement parler des intercessions dans le sens du Sénatus-consulte Velléien. Elle s'applique également aux cas d'exceptions au Sénatus-consulte. Justinien apporte toutefois une dérogation à cette règle, dans l'hypothèse où il est clairement démontré que l'argent a été employé dans l'intérêt de la femme.

* 205. — Signalons en quelques mots les effets du Sénatus-consulte Velléien. La sanction la plus simple et la plus radicale consisterait à refuser toute action au créancier, et c'est ce qui arrivera toutes les fois que le prêteur reconnaîtra dans l'obligation de la femme une véritable *intercessio*, et que l'on ne se trouvera pas dans l'un des cas d'exceptions au Sénatus-consulte (454). Mais il se peut que l'un de ces points paraisse douteux, et alors il donnera une action en insérant dans la formule l'exception tirée du Sénatus-consulte, exception perpétuelle et péremptoire (455).

Cette exception n'est pas seulement donnée à la femme, mais encore à celui qui se trouve obligé par suite de l'*intercessio*. C'est ainsi qu'elle pourra être invoquée par le fidéjusseur de la femme, quand même il aurait agi *animo donandi* et n'aurait aucun recours à exercer contre elle, *quia totam obligationem Senatus improbat* (456). C'est ainsi encore qu'elle sera donnée à celui qui a été délégué par la femme, mais qui n'était pas réellement son débiteur ; il est assimilé à un fidéjusseur (457).

(453) Nouvelle 134, chap. VIII. — *Auth. si qua mulier*, à la suite de la loi 22, C., *Ad Snt. Vel.*, IV, 29.

(454) Ulpien, l. 2, § 1^{er}, *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1.

(455) Gaius, l. 3, *De except.*, XLIV, 1.

(456) Julien, l. 16, § 1^{er}, *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1. — L. 14, C., *eod. tit.*, IV, 29. — V. aussi, Ulpien, l. 6 ; Paul, l. 30, § 1^{er} ; Pomponius, l. 32, § 3, *Dig.*, *eod. tit.* — Gaius, l. 2, *Quæ res pignori*, XX, 3. — L. 15, l. 20, C., *eod. tit.*

(457) Ulpien, l. 8, § 4. *Dig.*, *eod. tit.*

Cette exception pouvait être opposée à tous ceux qui exerçaient une action dont la source se trouvait dans l'intercession de la femme, et notamment à celui qui aurait voulu exercer un recours contre elle (458). On pouvait la faire valoir même après que la sentence avait été rendue, et alors qu'on en poursuivait l'exécution (459). L'exception pouvait, selon les circonstances, se présenter sous forme de réplique à une autre exception (460).

206. — La femme obligée contrairement au Sénatus-consulte, qui exécutait son obligation dans l'ignorance de l'exception qui lui appartenait, pouvait répéter ce paiement par la *condictio indebiti*. (461). Le même recours lui était accordé si elle avait délégué son débiteur pour exécuter son obligation ; car c'est comme si elle avait payé elle-même, *solvit et qui reum delegat* (462). Nous avons vu, au contraire, que la femme pouvait payer elle-même la dette d'un tiers ou la faire payer par son débiteur, alors que ce paiement ne constituait pas l'exécution d'une obligation antérieure, contractée contrairement au Sénatus-consulte.

La *condictio indebiti* n'était pas seulement donnée à la femme, mais encore à ceux qui avaient effectué un paiement en exécution de son intercession, et spécialement à celui qui avait été délégué par elle et s'était cru à tort son débiteur. Nous avons vu qu'il aurait pu également repousser l'action du créancier par l'exception du Sénatus-consulte. Il aurait pu sans doute recourir encore à un troisième moyen, et agir contre le créancier par la *condictio incerti, ut acceptam faciat stipulationem* (463).

(458) Papinien, l. 7 ; Pomponius, l. 32, § 3, Dig., *eod. tit.*

(459) Ulpien, l. 11, *De Snt. Maced.*, XIV, 6.

(460) Africain, l. 17, § 1^{er} ; Pomponius, l. 32, § 2, *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1.

(461) Ulpien, l. 26, § 3 ; Marcien, l. 40, pr., Dig., *De condict. indeb.*, XII, 6. — L. 9, C., *Ad Snt. Vel.*, IV, 29.

(462) Ulpien, l. 8, § 3, *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1.

(463) Arg. l. 2, § 4, *De donat.*, XXXIX, 5. — L. 7, § 1^{er}, *De doli mali et met. except.*, XLIV, 4.

207. — Enfin, la femme pourra revendiquer sa chose ou le droit réel qu'elle aura concédé sur sa chose. Si, par exemple, après avoir intercédé pour autrui, elle a vendu et livré sa chose en exécution de son intercession, elle pourra revendiquer la chose elle-même. L'acheteur lui opposera sans doute l'exception *rei venditæ et traditæ*; mais elle repoussera cette exception par la réplique du Sénatus-consulte (464).

Les effets du Sénatus-consulte, en ce qui concerne la femme, peuvent donc se résumer ainsi: tantôt refus d'action, tantôt exception ou réplique, tantôt *condictio indebiti* ou revendication (464 *bis*).

208. — La promesse faite par la femme qui s'oblige à la place et dans l'intérêt d'un tiers, ne procure donc aucun avantage au créancier; mais elle n'en suffit pas moins pour éteindre et nover sa créance contre le premier débiteur. Il y a là sans doute une stipulation imparfaite au fond; mais elle est régulière dans la forme. Ce qui est interdit à la femme, ce n'est pas la stipulation, mais l'*intercessio*; or, nous l'avons dit, une stipulation régulière en la forme suffit pour opérer novation, alors même qu'elle serait inutile pour le créancier (V. *suprà* n^{os} 37 et suiv.). Il perd donc son droit ancien sans acquérir un nouveau droit utile (465), et le débiteur s'enrichit en définitive aux dépens de son créancier. Tels sont les résultats auxquels conduit l'application des principes *jure civili*. Mais ici comme toujours, le préteur vient donner satisfaction à l'équité et restituer au créancier l'action

(464) Pomponius, l. 32, § 2, *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1. — V. aussi, Pomponius, l. 32, § 1^{er}, *eod. tit.* — Ulpien, l. 39, § 1^{er}; Gaius, l. 40, Dig., *De rei vindicat.*, VI, 1. — L. 7, C., *Ad Snt. Vel.*, IV, 29.

(464 *bis*) Sous Justinien, les femmes ne peuvent s'obliger pour d'autres que par acte public signé de trois témoins. Si cette formalité n'a point été remplie, toute l'opération est complètement nulle et inefficace, absolument comme si la femme n'avait rien fait du tout. L. 23, § 2, C., *Ad Snt. Vel.*, IV, 29.

(465) Le Sénatus-consulte Velléien ne laisse pas même subsister une obligation naturelle. L. 16, § 1^{er}, XVI, 1.

primitive que la promesse de la femme lui avait fait perdre. Il considère l'intercession comme n'ayant jamais eu lieu, et l'extinction de la première obligation comme ne s'étant jamais opérée. Le débiteur, libéré *jure civili*, n'a pas été libéré *jure prætorio*.

Cette action que les textes désignent, comme nous l'avons vu (V. *suprà* n° 45), sous différentes dénominations, était accordée, en principe, dans tous les cas d'intercessions privatives, et spécialement quand la femme s'était portée *expromissor* pour un tiers, ou avait été déléguée par lui à son créancier. L'action était restituée au stipulant, même dans le cas où il avait fait acceptation à la femme qui aurait pu opposer le Sénatus-consulte et répéter ce qu'elle aurait payé. *Inanem enim obligationem dimisit* (465 bis). Elle lui était également restituée lorsqu'il était devenu héritier de la femme, *cùm non obligatæ cum effectu successerit* (466).

Toutefois, l'action ne sera pas restituée au créancier lorsque la femme se trouvera valablement obligée malgré le Sénatus-consulte, ou qu'elle aura payé dans des circonstances qui ne lui permettent plus de répéter (467). Il peut se faire également que l'action ne soit pas restituée au créancier parce qu'elle ne lui serait d'aucune utilité. C'est ce qui aura lieu, par exemple, si le débiteur pour qui la femme a intercedé est un pupille non autorisé par son tuteur, qui ne soit pas devenu plus riche (468). Le créancier n'aura pas non plus besoin de l'action restitutoire quand il pourra exercer des poursuites contre son débiteur, indépendamment de cette action (469). Il ne paraît pas cependant que l'action restitutoire fût subsidiaire de son essence; car il

(465 bis) Ulpien, l. 8, §§ 9 et 10, *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1.

(466) *Eod.*, l. 8, § 12, *eod. tit.*

(467) *Eod.*, l. 8, § 10, *eod. tit.*

(468) *Eod.*, l. 8, § 15, *eod. tit.*

(469) *Eod.*, l. 8, § 8; Gaius, l. 13, § 1^{er}, *eod. tit.*

pouvait arriver que le créancier eût le choix entre elle et une action directe. C'est ce que suppose la loi 8, § 13, pour le cas où la femme succède à l'ancien débiteur :

209. — Le créancier était ainsi remis dans la position où il se trouvait avant l'*intercessio: integra causa pristina restituenda est* (470). L'action lui était restituée contre tous ceux qui avaient été libérés *jure civili* par l'intercession de la femme (471). Elle lui était donnée immédiatement après l'intercession de la femme (472). Sans doute, celle-ci aurait pu ne pas se prévaloir du Sénatus-consulte pour refuser de payer; elle aurait pu, après avoir payé, ne pas exercer la *condictio indebiti*; mais ce ne sont là que des éventualités; il ne faut pas que le créancier reste dans une incertitude qui pourrait lui devenir préjudiciable. Voilà pourquoi Gaius (473) décide que l'action lui sera restituée de suite, alors même que l'obligation de la femme qui intercède serait à terme ou sous condition.

Remarquons que dans le cas où cette obligation est conditionnelle, on ne saurait dire, tant que la condition est en suspens, si la novation aura lieu et si la restitution sera nécessaire. Si elle fait défaut, la première dette n'a pas été novée et le premier débiteur reste tenu. Si elle vient à s'accomplir, l'action primitive est éteinte *jure civili* et ne peut être exercée qu'à la faveur d'une restitution : toujours est-il que l'ancien débiteur sera tenu à tout événement. A quoi bon, dès lors, attendre l'arrivée d'une condition apposée à une obligation qui doit être inefficace, alors que le débiteur se trouve dans une situation telle que, dans tous les cas, il supportera le fardeau de l'action.

Le créancier peut donc demander l'action restitutoire de suite

(470) Julien, l. 14, *eod. tit.*

(471) Paul, l. 1, § 2; l. 9; Ulpien, l. 8, § 13; l. 10; Julien, l. 14; Africain, l. 20; Pomponius, l. 32, § 5, *eod. tit.*

(472) Paul, l. 24, § 2, *eod. tit.*

(473) L. 13, § 2, *eod. tit.*

après l'intercession ; mais il peut aussi la demander plus tard. L'action restitutoire pourra donc être perpétuelle, si l'ancienne action était elle-même perpétuelle (474). Elle sera, au contraire, temporaire, si l'ancienne action avait elle-même ce caractère, *temporalis actio restituetur* (475).

Nous avons cru devoir tracer ces quelques règles générales sur l'application et les effets du Sénatus-consulte velléien, parce que nous trouvons un cas important d'*intercessio* dans l'*expromissio*, en prenant ce mot *lato sensu*, c'est-à-dire pour désigner toute espèce de novation qui s'opère par changement de débiteur.

210. — Nous avons hâte d'aborder des questions qui se rapportent plus spécialement à notre sujet. Nous avons vu jusqu'ici ce que c'est que la délégation en générale ; nous avons cherché à établir la différence profonde qui sépare la novation de la délégation, tout en montrant comment cette dernière peut être employée dans le but de réaliser la première. Nous avons vu à quelles conditions la délégation pouvait avoir pour effet d'éteindre un droit antérieur pour le remplacer par un droit nouveau. Nous avons enfin examiné rapidement les règles spéciales qui déterminent la capacité de la femme de s'obliger à la place d'un tiers, avec ou sans le concours du débiteur primitif. Il nous reste, pour terminer sur la délégation, à rechercher quels sont les effets qu'elle produit entre les différentes parties en cause.

La novation opérée par délégation a pour effet de créer une obligation entre le délégué et le délégataire, et d'éteindre la créance du déléguant contre le délégué ou du délégataire contre le déléguant. Elle peut même avoir pour effet d'éteindre du même coup deux créances, si nous supposons que le déléguant était tout à la fois débiteur du délégataire et créancier du délégué. Nous n'avons pas à revenir ici sur les développements que nous avons déjà présentés, lorsque nous avons étudié l'effet

(474) Ulpien, l. 10, *eod. tit.*

(475) Paul, l. 24, § 3, *eod. tit.*

positif et l'effet extinctif de toute novation en général. Nous nous proposons en ce moment d'examiner d'une manière toute spéciale la situation créée à chacune des parties vis-à-vis des deux autres par la délégation, et, pour cela, nous envisagerons successivement les rapports qui existent entre le délégué et le délégataire, entre le délégué et le délégant, enfin entre le délégant et le délégataire.

211. — A. ENTRE LE DÉLÉGUÉ ET LE DÉLÉGATAIRE. — Le délégué est tenu envers le délégataire en vertu de la stipulation. Il ne serait pas tenu s'il avait promis ce qu'il devait au délégant et qu'il ne lui doive rien en réalité, car sa promesse serait sans objet. La stipulation aura au contraire pour effet d'obliger le promettant, comme nous l'avons vu, alors même qu'il ne devrait rien au délégant, s'il a désigné l'objet dû, s'il a promis les mille sesterces qu'il devait au délégant. Il y a sans doute une promesse sans cause ; la créance du délégant contre le délégué n'a pu être éteinte puisqu'elle n'existait pas ; mais la promesse de l'indû est valable, sinon comme novation, du moins comme promesse obligatoire (V. *suprà*, n° 12 à 15).

Si, au lieu de stipuler du délégué Secundus, ce qu'il doit au délégant Primus, le délégataire Tertius stipule ce que Primus lui doit à lui, la délégation sera sans effet et Tertius ne pourra rien exiger de Secundus, s'il n'était rien dû par Primus. Secundus sera au contraire obligé s'il a promis les mille sesterces que Primus devait à Tertius, alors même que cette dette n'existerait pas. Ici encore il n'a pu y avoir transfert d'une dette qui n'existait pas ; la dette du délégant envers le délégataire n'a pu être éteinte par novation, car il n'était pas débiteur ; mais la promesse n'oblige pas moins le délégué envers le délégataire ; car une promesse sans cause n'est pas nulle.

Il se peut enfin que Tertius ait stipulé de Secundus mille sesterces. Il y a alors une nouvelle obligation qui existe par elle-même et dont est tenu le délégué, alors même qu'il ne devrait rien au délégant ou que celui-ci ne devrait rien au délégataire,

alors même que ni l'une ni l'autre de ces deux dettes n'existeraient en réalité.

212. — Jusqu'ici nous avons supposé que la dette que les parties ont voulu nover n'existait pas ; mais il se peut que cette dette existe et que la novation s'opère. Primus était créancier de Secundus et débiteur de Tertius ; il délègue son débiteur à Tertius qui stipule du délégué ce qu'il doit à Primus. Une question des plus importantes se présente alors : la créance du délégant passe-t-elle au délégataire telle qu'elle était, avec les qualités et les défauts qui en modifient la valeur ? Spécialement, le délégué peut-il opposer au délégataire les exceptions qu'il pouvait opposer au délégant ?

Il semble, au premier abord, que le délégataire doive être à l'abri de ces exceptions ; car la stipulation *novandi causâ* a pour effet positif de créer une obligation nouvelle qui ne doit pas être affectée des mêmes vices que l'obligation primitive qui a été éteinte. Peut-être même les parties ont-elles eu l'intention de les faire disparaître en opérant novation. D'un autre côté, on peut répondre que la seconde obligation n'est pas indépendante de la première ; car elle trouve son point de départ et sa base dans la dette que la novation a eu pour but d'éteindre. En promettant au délégataire ce qu'il doit au délégant, le délégué n'a entendu s'obliger que comme il l'était envers le délégant. Le délégataire est mis au lieu et place du délégant et peut dès lors se voir opposer les exceptions qui pouvaient être opposées au délégant lui-même. Cette question présente de sérieuses difficultés et ne saurait être résolue d'une manière absolue ni dans un sens ni dans l'autre.

Prenons un exemple, Tertius, délégataire, a stipulé de Secundus, délégué, ce que celui-ci doit à Primus délégant. Secundus peut-il opposer à Tertius les exceptions qu'il pouvait opposer à Primus ? En promettant à Tertius ce qu'il doit à Primus, le délégué a voulu s'obliger envers lui comme il l'était envers le délégant, ni plus ni moins. Il a voulu, en un mot,

accepter purement et simplement un transport de créance. La seconde obligation doit donc se mesurer sur celle dont il était tenu envers le déléguant. La dette du délégué envers le délégataire doit exister telle qu'elle était dans les rapports entre le délégué et le déléguant, et dès lors les exceptions qui pouvaient paralyser l'action du déléguant pourront également être opposées au délégataire. *Si prior maritus posteriori dotis nomine tanquam debitor mulieris dotem promiserit, non plus quam quod facere possit dotis futurum esse* (476).

Il semble cependant qu'il y ait antinomie entre cette loi et la loi 33, à notre titre (477). Un ami veut me faire une donation ; mais il ne l'a pas encore faite ; il n'est pas encore mon débiteur. Je délègue à mon créancier cet ami qui veut me faire une libéralité. Il est dit dans cette loi que mon ami ne pourra pas opposer le bénéfice de compétence à mon créancier. Mais cette loi est tout à fait étrangère à la question qui nous occupe en ce moment. En effet, je n'étais pas encore créancier du délégué au moment de la délégation ; je n'avais donc aucune action contre lui et il ne pouvait avoir aucune exception à m'opposer. La question que nous examinons ne peut donc même pas être posée dans cette hypothèse. La solution de cette loi est d'ailleurs parfaitement exacte : le délégué ne pourra se prévaloir du bénéfice de compétence contre mon créancier ; car ce dernier n'est pas un donataire, il ne fait que poursuivre l'exécution de son droit. *Creditor autem debitum persequitur*.

Il en serait de même si je déléguais celui qui veut me faire une donation à celui auquel je veux moi-même faire une libéralité (478). Ici encore il ne peut être question pour le délégué de conserver une exception dont il ne pouvait se prévaloir. Ici

(476) Julien, l. 32, *Solut. matri dos quemad. pet.*, XXIV, 3. — V. aussi, Paul, l. 37, § 4, *De oper. libert.*, XXXVIII, 1.

(477) V. aussi, Paul, l. 41, *De re judic.*, XLII, 1.

(478) Paul, *loc. cit.*,

encore il ne pourra pas opposer au délégataire le bénéfice de compétence ; car ce n'est pas au délégataire que le délégué a entendu donner, et ce n'est pas du délégué que le délégataire a entendu recevoir. Le donateur n'est pas poursuivi *ex donatione suâ* (479). La loi 41, livre XLII, titre 1^{er}, pas plus que la loi 33, à notre titre, n'est donc pas en contradiction avec la règle que nous avons posée.

213. — Le délégué, avons-nous dit, peut opposer au délégataire les exceptions qu'il pouvait opposer au déléguant, parce qu'il n'a entendu s'obliger envers lui que comme il l'était envers le déléguant, parce qu'il a voulu accepter un simple transport de créance. Mais les parties ont pu vouloir aussi constituer une obligation nouvelle et faire disparaître les vices dont était affectée la première. Le délégué a pu entendre renoncer au profit du délégataire aux exceptions qu'il pouvait opposer au déléguant. Dans cette hypothèse, la volonté des parties doit être suivie et le délégataire sera à l'abri des exceptions qui pouvaient paralyser l'action du déléguant. L'intention des parties de faire naître une obligation nouvelle, bien plus que d'opérer un simple transport de créance, tel est le fait qu'il faut donc établir ; il faut qu'il soit certain que telle a été leur volonté.

Cette volonté existera sans aucun doute, toutes les fois que le délégué aura renoncé expressément aux exceptions qu'il pouvait opposer au déléguant ; mais cette renonciation, au lieu d'être expresse, pourra aussi n'être que tacite. On peut alors se demander si le seul fait que le délégué connaît ces exceptions et renouvelle son obligation, constitue de sa part une renonciation tacite à s'en prévaloir contre le délégataire. En l'absence d'une renonciation formelle du délégué, on ne saurait lui refuser le droit d'opposer ces exceptions au délégataire, par cela seul qu'il en a eu connaissance au moment de la seconde obligation, alors qu'il s'agit d'exceptions qui ne font que diminuer et restreindre

(479) *Inst.*, IV, 6, § 38.

l'obligation. Supposons que le délégué pouvait opposer le bénéfice de compétence au déléguant. En promettant au délégataire ce qu'il doit au déléguant, a-t-il entendu renoncer à ce bénéfice ? Rien ne le prouve d'une manière certaine ; il est permis de penser, au contraire, qu'il n'a pas entendu contracter envers le délégataire une obligation plus étendue que celle dont il était tenu envers le déléguant. Ici encore on peut donc faire application de notre règle et dire que le délégué a accepté simplement un transport de créance (480).

Il en est autrement quand il s'agit d'une exception qui paralyse le droit pour le tout et forme un obstacle permanent à la demande. Pour qui s'attache aux choses et non aux mots, le créancier, en pareil cas, n'est pas véritablement un créancier, et son action est comme si elle n'existait pas (481). Dans cette hypothèse, le délégataire ne saurait se voir opposer l'exception qui paralysait la première action. Le délégué qui en avait connaissance y a nécessairement renoncé en promettant ce qu'il devait au déléguant ; autrement il n'aurait rien promis, puisqu'il ne devait rien en réalité (482). Si le délégué prétendait avoir voulu réaliser ce dernier résultat, il y aurait dol de sa part, ce qui l'empêcherait d'opposer utilement l'exception dont il pouvait se prévaloir contre le déléguant.

En résumé, nous dirons, en nous plaçant au point de vue de l'intention des parties : le délégué peut opposer au délégataire les exceptions qu'il pouvait opposer au déléguant, parce qu'il n'a pas entendu contracter envers lui une obligation plus étendue que celle dont il était tenu envers le déléguant. De ce motif

(480) Julien, l. 32, *Solut. matri. dos quemad. pet.*, XXIV, 3. — Paul, l. 37, § 4, *De oper. libert.*, XXXVIII, 1.

(481) Pomponius, l. 25, *De verb. oblig.*, XLV, 1. — Paul, l. 55, *De verb. signif.*, L, 16. — Julien, l. 66 ; Paul, l. 112, *De regul. jur.*, L., 17.

(482) Paul, l. 12, *h. tit.* — Pomponius, l. 20, *De Snt. Maced.*, XIV, 6. — L. 2, C., *Ad Snt. Maced.*, IV, 28.

même il résulte que les exceptions doivent disparaître, toutes les fois que le débiteur a voulu contracter une obligation nouvelle et non accepter un simple transport de créance. C'est ce qui arrivera lorsque le délégué aura renoncé aux exceptions qu'il pouvait opposer au déléguant. Cette renonciation pourra être expresse ou tacite. Elle s'induirait notamment de ce fait que le délégué aura eu connaissance d'une exception qui paralysait l'action du déléguant pour le tout et pour toujours (482 *bis*).

214. — Pour résoudre la question qui nous occupe, il fallait encore examiner la formule dont s'étaient servies les parties. Nous avons déjà eu l'occasion de distinguer plusieurs formules employées dans le but d'opérer novation (V. *suprà*, n^{os} 48 et 100). Le délégataire peut stipuler du délégué ce qu'il doit au déléguant. Il peut aussi désigner spécialement l'objet de l'ancienne dette et stipuler, par exemple, mille sesterces. Ici encore l'emploi de l'une ou de l'autre de ces formules pouvait avoir une grande importance. Reprenons chacune d'elles et voyons la solution que devait recevoir notre question, selon que les parties s'étaient référées d'une manière générale à l'ancienne dette, ou avaient stipulé spécialement l'objet de la première obligation.

Tertius, délégataire, a stipulé de Secundus, délégué, ce qu'il devait à Primus, déléguant. Ce qui a été promis ce n'est pas telle ou telle chose, mais ce qui était dû au déléguant, l'objet même de la première dette. Il en résulte que si rien n'était dû en vertu de la première créance, rien ne sera dû en vertu de la seconde ; car elle ne portera sur aucun objet. Il en résulte également que l'action de Tertius pourra être paralysée par les exceptions qui pouvaient être opposées à Primus, puisque le délégué ne s'est obligé que dans la limite où il était tenu envers le déléguant. Un mari, débiteur de la dot de sa femme, est délégué par celle-ci à son second mari : le premier pourra opposer au

(482 *bis*) Nous avons vu que le délégataire, de son côté, peut renoncer aux privilèges attachés à la créance (V. *suprà*, n^o 87).

second le bénéfice de compétence qu'il pouvait opposer à la femme. Il s'est engagé envers le second mari comme débiteur de la femme; il lui a promis ce qu'il devait primitivement à la femme à titre de dot (483).

Le débiteur qui ne veut pas aggraver son obligation choisira de préférence cette formule; car par là sa situation ne se trouvera pas empirée, et le délégataire n'aura pas plus de droit contre lui que le déléguant. Le délégataire acquiert ce que le déléguant a perdu, et l'on peut dire que le premier est le successeur et l'ayant-cause du second (484).

215. — Mais il est possible que cette formule ne réponde pas aux besoins de la pratique; le délégataire ne voudra pas toujours accepter la promesse par laquelle le délégué s'engage à lui donner ce qu'il doit au déléguant. Quelle est la valeur de la créance du déléguant? N'est-elle pas paralysée par quelque exception? Le délégataire ne le sait pas, ou du moins il sera obligé pour le savoir de s'informer d'une manière exacte des rapports qui existaient entre le délégué et le déléguant. Il exigera donc que le délégué lui promette quelque chose de plus positif, pour éviter toutes ces recherches et pour ne pas courir les risques d'une opération qui peut tourner à son préjudice. Pour atteindre ce résultat un moyen facile lui est offert: il stipulera du délégué, non pas ce qu'il doit au déléguant, mais une somme déterminée, mille sesterces. Le délégataire sera alors à l'abri des exceptions que le délégué pouvait opposer au déléguant. Peu importe que la première créance existe ou n'existe pas; peu importe que l'obligation primitive du délégué ait pu être restreinte par telle ou telle exception: dans tous les cas le délégataire est devenu créancier; car la stipulation a un objet parfaitement distinct et

(483) Julien, l. 32, *Solut. matr. dos quemad. pet.*, XXIV, 3. — V. aussi, Paul, l. 37, § 4, *De oper. libert.*, XXXVIII, 1.

(484) Ulpien, l. 7, §§ 6 et 7, *De Snt. Maced.*, XIV, 6. — Papinien, l. 3, pr., Marcien, l. 12, § 5, *Qui pot. in pig.*, XX, 4.

déterminé. Le délégué est donc valablement obligé et son obligation ne saurait être restreinte par les exceptions qu'il pouvait opposer au déléguant, car il les a perdues par l'effet de la formule employée, peu importe d'ailleurs qu'il en connût ou non l'existence. Cette solution est, en effet, consacrée par le jurisconsulte Paul qui s'exprime ainsi dans la loi 19, à notre titre :

Doli exceptio quæ poterat deleganti opponi, cessat in personâ creditoris cui quis delegatus est. Idemque est et in cæteris similibus exceptionibus : imo et in eâ quæ ex Senatus-consulto filiofamilias datur ; nam adversus creditorem cui delegatus est ab eo quî mutuam pecuniam contrâ Senatus-consultum dederat, non utetur exceptione, quia nihil in eâ promissione contrâ Senatus-consultum fit ; tanto magis quod hic nec solutum repetere posset. . . . Ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum qui delegatus est et debitorem actum est ; aut etiam, si sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur ; et ideo meritò denegandum est adversus eum exceptionem ex personâ debitoris.

Avant d'examiner les différentes applications faites par cette loi, portons d'abord notre attention sur le motif même de cette doctrine. Pourquoi les exceptions que le délégué avait contre le déléguant ne peuvent-elles plus être opposées au délégataire ? Paul nous en donne lui-même la raison dans la dernière partie de ce texte : les exceptions lui sont refusées, parce qu'il ne serait pas facile au délégataire de savoir quels sont les règlements d'affaires qui ont pu intervenir entre le délégué et le déléguant. Quand même il les connaîtrait, il doit laisser croire qu'il les ignore pour ne pas paraître trop curieux. Qu'est-ce à dire ? sinon que le délégataire n'a pas à intervenir dans les relations du délégué avec le déléguant ; qu'il ne doit pas rechercher ce qui s'est passé entre eux ; qu'il doit même garder le silence sur ce point. De ce motif ne devons-nous pas tirer cette conclusion, que Paul

se place dans l'hypothèse où le délégué a promis au délégataire une somme déterminée? Sans doute, le délégataire serait alors trop curieux s'il prétendait s'immiscer dans les affaires du délégué et du déléguant. Que lui importe que le déléguant soit ou non créancier du délégué, ou que celui-ci puisse opposer une exception au déléguant, puisqu'il deviendra créancier et que cette exception ne pourra lui être opposée? Pourra-t-on, au contraire, lui adresser le même reproche, si le délégué lui a promis d'une manière générale ce qu'il devait au déléguant? Comment donc, le délégataire sera trop curieux parce qu'il voudra savoir si le délégué doit quelque chose au déléguant, c'est-à-dire s'il lui sera dû quelque chose à lui-même! Il sera trop curieux, parce qu'il voudra savoir si le déléguant n'est pas un créancier purement nominal dont le droit est peut-être paralysé par une exception pour le tout et pour toujours! Il stipulera donc du délégué sans savoir ce qu'il fait, sans même avoir le droit de s'en informer!

Il faut en conclure que le jurisconsulte prévoyait seulement le cas où le délégué a promis au délégataire d'une manière déterminée. C'est ainsi que cette loi nous paraît devoir être conciliée avec d'autres textes que nous avons cités, et qui permettent au délégué d'opposer au délégataire les exceptions dont il pouvait se prévaloir contre le déléguant.

Avant de nous donner le motif de sa doctrine, Paul en fait plusieurs applications qu'il nous faut passer rapidement en revue. Laissons de côté pour le moment l'exception de dol, sur laquelle nous reviendrons dans un instant. Le jurisconsulte applique sa doctrine à l'exception du Sénatus-consulte Macédonien qui était accordée au fils de famille. Il enseigne que le fils de famille qui a emprunté et se laisse déléguer au créancier de celui qui lui a prêté, ne pourra opposer au nouveau créancier l'exception du Sénatus-consulte. Il n'y a rien de contraire au

Sénatus-consulte dans l'engagement ainsi contracté par un fils de famille délégué (485).

Y a-t-il contradiction entre cette décision et la loi 7, § 7, livre XIV, titre 6, *De Snt. Macedoniano*, dans laquelle Ulpien décide que l'exception du Sénatus-consulte peut être opposée à celui qui a stipulé du fils la somme qui lui avait été prêtée ? On a prétendu qu'Ulpien ne visait pas l'hypothèse d'une délégation : il suppose que la stipulation a été faite au moment du prêt, et alors, si l'exception peut être invoquée contre le stipulant, c'est que l'intervention de celui-ci n'est qu'une fraude pour tourner la loi (486). Si l'on admet cette interprétation, il n'y a pas contradiction entre les deux textes, puisque l'hypothèse prévue n'est pas la même.

Nous pensons cependant qu'il n'est pas impossible de concilier ces deux lois, alors même que l'on verrait dans loi 7 une véritable délégation. Cette conciliation, nous la trouvons dans la différence même que nous avons signalée entre les formules. Paul, nous l'avons dit, suppose dans la loi 19 que le délégué a promis une somme déterminée, et voilà pourquoi il lui refuse le droit d'opposer l'exception au délégataire. Il résulte, au contraire, du texte d'Ulpien que le délégué avait promis ce qu'il devait au déléguant, et voilà pourquoi il a conservé son exception.

Paul semble cependant apporter plusieurs dérogations à son principe dans la suite de cette même loi :

Diversum est in muliere quæ contrà Senatus-consultum promisit ; nam et in secundâ promissione intercessio est. Idemque est in minore qui circumscriptus delegatur : quia si etiam nunc minor est, rursum circumvenitur.....

(485) V. sur cette décision, Machelard, *Des obligations naturelles en droit romain*, p. 124.

(486) V. dans ce sens, Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 701, note 3.

Une femme est obligée contrairement au Sénatus-consulte Velléien. Si le créancier la délègue à un tiers, elle conserve son exception contre le délégataire, et cela, nous dit le jurisconsulte, parce que la seconde promesse constitue une nouvelle intercession. Ce motif même ne permet pas de voir ici une dérogation au principe général. Il y a eu seconde intercession, et par conséquent seconde violation du Sénatus-consulte, et voilà pourquoi la femme pourra se prévaloir contre le délégataire de l'exception qu'elle aurait pu opposer au déléguant. Il en est de même du cas où un mineur qui a été trompé est délégué par le créancier, alors qu'il est encore mineur. Ici encore la décision de Paul n'a rien qui déroge au principe général ; car la nouvelle obligation est affectée du même vice que la première.

Il n'y a donc que des dérogations apparentes dans les deux exemples qui nous sont rapportés par Paul. Il est vrai que l'action du délégataire n'est pas plus efficace que celle du déléguant ; mais c'est uniquement parce que la nouvelle créance se trouve entachée du même vice que l'ancienne.

216. — Nous n'avons par parlé jusqu'ici de la première application que le jurisconsulte fait de sa doctrine, au début de la loi 19 à notre titre. Il enseigne que l'exception de dol, qui pouvait être opposée au déléguant ne peut être opposée au délégataire, et il ajoute : *Idemque est et in similibus exceptionibus*. Paul cite ainsi l'exception de dol en première ligne, et semble bien décider que l'application de sa doctrine ne saurait souffrir aucune difficulté dans cette hypothèse. Cette observation n'est pas sans intérêt au point de vue de la question qui nous occupe.

Il est, en effet, des exceptions qui affectent directement la créance, qui dérivent d'un certain état de choses considéré en lui-même, indépendamment des relations des parties entre elles. Il en est d'autres, au contraire, qui trouvent leur fondement dans certaines circonstances personnelles au créancier, qui s'attachent, pour ainsi dire, à sa personne même, et qui doivent par conséquent disparaître dès que ce créancier lui-même a dis-

paru. Telle est l'exception de dol (487). Le caractère même de cette exception s'oppose, du moins en principe, à ce que le délégué puisse opposer au délégataire une exception fondée sur le dol du déléguant, peu importe d'ailleurs que la promesse du délégué ne soit dans la forme qu'une simple acceptation de transport, et qu'il ait promis simplement ce qu'il devait au déléguant ; peu importe que le délégué ait ou non connu l'existence de cette exception (488). Primus a stipulé mille sesterces de Secundus et s'est rendu coupable de dol. Il délègue ensuite à Tertius son débiteur, qui ignore cette exception et promet ce qu'il doit à Primus. Il ne pourra opposer à Tertius le dol du déléguant ; car cette exception a pour fondement un fait personnel à Primus et ne saurait dès lors être opposée à Tertius qui ne s'en est pas rendu coupable.

Il en serait autrement si le délégataire n'était devenu créancier qu'en apparence, et si le déléguant était resté le véritable créancier. On comprendrait alors que le délégué pût opposer au délégataire le dol du déléguant (489).

217. — Les différentes règles que nous venons d'exposer s'appliquent-elles encore, lorsque le délégataire n'est pas créancier du déléguant, soit que celui-ci se soit cru son débiteur, soit qu'il ait voulu lui faire une libéralité ?

Sans doute, le délégué ne pourra opposer au délégataire les exceptions qu'il pouvait opposer au déléguant, s'il y a renoncé ; mais s'il les a ignorées, une exception lui sera donnée pour paralyser l'action du délégataire ; peu importe d'ailleurs qu'il ait promis dans l'une ou l'autre des formules dont nous avons parlé. Cette solution se justifie parfaitement : en effet, le déléga-

(487) Ulpien, l. 4, §§ 20, 21, 27, 28, 29 à 31, *De doli mali et met. except.*, XLIV, 4.

(488) Paul, l. 12, *h. tit.*

(489) Paul, l. 9, § 1^{er}, Dig., *De condict. causâ datâ*, XII, 4. — Ulpien, l. 4, § 19, *De doli mali et met. except.*, XLIV, 4.

taire ne reçoit pas ce qui lui est dû ; il cherche à réaliser un gain, *certat de lucro captando*. Le délégué, au contraire, qui s'est obligé par erreur, cherche à éviter une perte, *certat de damno vitando*. Le délégataire doit donc être traité moins favorablement, *quia causam lucrativam sit nactus* (490).

Il semble donc qu'il n'y ait plus lieu de distinguer les deux formules dont nous avons parlé, puisque, dans tous les cas, le délégué qui a promis par erreur sera protégé par une exception contre le délégataire. Cependant on peut dire que, si cette distinction perdait de son intérêt dans l'hypothèse qui nous occupe, elle conservait encore de son importance. Dans tous les cas, le délégué pouvait paralyser l'action du délégataire ; mais cette protection ne lui était pas accordée de la même manière, et cette distinction n'était pas dépourvue d'intérêt pratique, comme nous allons le voir.

Si le délégué a promis ce qu'il doit au déléguant, il pourra opposer au délégataire les exceptions dont il pouvait se prévaloir contre le déléguant. Au contraire, quand il a promis une chose déterminée, il a perdu ses anciennes exceptions ; mais l'équité serait blessée si le délégué, qui veut éviter une perte, ne pouvait échapper aux poursuites du délégataire qui veut acquérir un gain. Aussi lui donne-t-on une exception de dol contre le délégataire ; car il pourrait, comme nous le verrons, agir contre lui pour obtenir sa libération. *Cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit* (491). Mais cette exception (et c'est ici qu'apparaît l'intérêt de la distinction entre les deux formules), fondée sur l'équité, lui serait refusée s'il était obligé naturellement. Au contraire, ses anciennes exceptions lui seraient conservées, s'il avait promis ce qu'il doit au délégant, alors même qu'il serait obligé naturellement (492).

(490) Ulpien, l. 4, §§ 29 et 31, *eod. tit.*

(491) *Eod.*, l. 156, § 1^{er}, *De regul. jur.*, l. 17.

(492) Gide, *op. cit.*, p. 255, note 1.

Il ne faut donc pas dire que le délégué conserve contre le délégataire à titre gratuit, toutes les exceptions qu'il aurait pu valablement opposer au déléguant. Cette proposition serait inexacte à un double point de vue : d'abord parce que ce n'est pas toujours son ancienne exception que le délégué fait valoir, mais quelquefois une nouvelle exception fondée sur l'équité ; ensuite parce que cette exception de dol elle-même lui est refusée dans tous les cas où l'exception qu'il a ignorée n'était pas de nature à autoriser la *condictio indebiti*.

Nous avons vu que l'exception fondée sur le dol du déléguant ne pouvait, en principe, être opposée au délégataire. Le délégué qui a promis par erreur pourra, au contraire, opposer le dol du déléguant au délégataire à titre gratuit (493). Dans cette hypothèse il serait peut-être plus exact de dire que, dans tous les cas, c'est une exception nouvelle qui est donnée au délégué contre le délégataire. Celui-ci, en effet, ne doit pas être admis à profiter de l'erreur du délégué et à s'enrichir aux dépens d'un débiteur qui a été trompé.

218. — Des différentes règles que nous venons d'exposer se dégage cette conséquence que le délégué pourra, dans certains cas, se trouver dans une situation fâcheuse. S'il ne doit rien au déléguant, il sera néanmoins tenu envers le délégataire toutes les fois qu'il aura promis une chose déterminée. S'il est débiteur du déléguant, mais que l'action du créancier puisse être paralysée par une exception, il sera encore tenu envers le délégataire s'il a employé cette formule, et ne pourra lui opposer les exceptions dont il pouvait se prévaloir contre le déléguant. Ce délégué a pu croire à la réalité de sa dette ou ignorer l'existence de ces exceptions. Il sera donc victime de son erreur et tenu d'une dette qu'il ne devait pas payer.

Les principes rigoureux de la délégation conduisaient, en effet, à cette conséquence ; mais le délégué trouvait un moyen

(493) Arg., l. 4, §§ 29 et 31, *De doli mali et met. except.*, XLIV, 4.

d'échapper à un résultat aussi contraire à l'équité, soit dans l'exception de dol, soit dans la *condictio indebiti*. Un débiteur pouvait user de cette *condictio* toutes les fois qu'il avait payé par erreur ce qu'il ne devait pas, c'est-à-dire quand il n'était pas tenu actuellement d'une obligation civile ou naturelle, ou quand il était tenu d'une obligation purement civile qui n'avait d'existence que *ipso jure*. Or, le débiteur qui s'est laissé déléguer dans de telles conditions, se trouve à peu près dans la situation de celui qui a payé ce qu'il ne devait pas. Au lieu de payer au déléguant, il s'est obligé envers le délégataire. Il aura donc aussi une *condictio indebiti*, une *condictio incerti* pour répéter ce qu'il a indûment promis, *condictio indebiti promissi* (494), au moyen de laquelle il obtiendra sa libération du délégataire, *condictio liberationis* (495).

Contre qui le délégué pourra-t-il intenter cette action ? Sera-ce contre le déléguant ou contre le délégataire ?

La réponse à cette question variera avec les circonstances ; la *condictio* est donnée contre celui qui s'est enrichi aux dépens du délégué. Il arrivera souvent que le déléguant aura seul profité de l'opération, parce que la délégation aura eu pour effet de le libérer envers le délégataire qui était réellement son créancier. Nous reviendrons sur ce point quand nous examinerons les rapports du déléguant avec le délégué. Mais il se peut aussi que le délégataire se soit enrichi au préjudice du délégué. C'est ce qui arriverait, si le déléguant avait voulu faire une donation au délégataire, en lui faisant promettre par le délégué qui n'était pas son débiteur ou était tenu d'une obligation purement civile qui n'avait d'existence que *ipso jure* (496). Il en serait de même si le déléguant avait chargé le délégué de

(494) Ulpien, l. 31, Dig., *De condict. indeb.*, XII, 6.

(495) L. un., C., *De errore calculi*, II, 5.

(496) Julien, l. 2, § 3, *De donat.*, XXXIX, 5. — Ulpien, l. 7, pr., *De doli mali et met. except.*, XLIV, 4.

promettre, non pas dans l'intention de faire une donation au délégataire, mais dans le but de se libérer d'une dette dont il se croyait tenu envers lui (497). Dans ces différentes hypothèses, l'opération n'a eu pour résultat, ni d'enrichir, ni d'appauvrir le déléguant; le délégataire seul s'est enrichi aux dépens du délégué qui n'était pas en réalité débiteur du déléguant.

Pour que la *condictio* appartienne au délégué, il faut, bien entendu, qu'il ait promis par erreur ce qu'il croyait devoir au déléguant. S'il savait qu'il ne devait rien ou que la créance du déléguant se trouvait paralysée par une exception perpétuelle, il serait réputé avoir renoncé à se prévaloir de l'exception ou de l'inexistence de la dette, et il ne pourrait intenter la *condictio*. *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est* (498).

Le délégué ne pourrait non plus intenter la *condictio* s'il était tenu d'une obligation naturelle (499); en d'autres termes, il faut qu'il ne soit tenu d'aucune obligation, soit civile, soit naturelle, ou que son obligation puisse être paralysée par une exception perpétuelle qui ne laisse subsister aucune obligation naturelle (500).

Nous n'en dirons pas davantage sur la *condictio indebiti*; nous voulions avant tout constater le droit du délégué de recourir à ce moyen pour obtenir sa libération, et échapper aux résultats iniques produits dans certains cas par la délégation.

219. — Le délégué pouvant agir contre le délégataire pour

(497) Julien, l. 2, § 4, *De donat.*, XXXIX, 5. — Ulpien, l. 7, § 1^{er}, *De doli mali et met. except.*, XLIV, 4.

(498) Paul, l. 53, *De regul. jur.*, L, 17. — L. 12, *h. tit.* — Ulpien, l. 24, *Dig., De condict. indeb.*, XII, 6.

(499) La *condictio indebiti* est, en effet, fondée sur l'équité et doit cesser quand il y a obligation naturelle.

(500) Pomponius, l. 19, pr., *Dig., De condict. indeb.*, XII, 6. — Julien, l. 66, *De regul. jur.*, L, 17.

obtenir sa libération, pourra également le repousser par une exception de dol, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire (501). Cette exception, nous l'avons vu, est une exception nouvelle fondée sur l'équité, comme la *condictio indebiti*, qui cesserait d'appartenir au délégué, aussi bien que la *condictio*, s'il se trouvait obligé naturellement.

220. — Les différentes règles que nous venons de tracer, serviront à résoudre les questions analogues qui peuvent se poser, lorsque la délégation porte sur la dette du déléguant envers le délégataire, et non sur la dette du délégué envers le déléguant.

Tertius, délégataire, stipule de Secundus, délégué, ce que lui doit Primus, déléguant. Secundus est tenu envers Tertius au lieu et place de Primus : il y a eu novation par changement de débiteur. Mais il se peut que Primus ne doive rien en réalité au délégataire. Dans cette hypothèse, si Secundus a promis d'une manière générale ce que Primus devait à Tertius, il ne sera pas tenu envers Tertius, puisque ce dernier ne pouvait rien exiger de Primus et que la promesse est sans objet. Si, au contraire, il a promis mille sesterces, le délégataire n'en deviendra pas moins son créancier, bien que le déléguant ne soit pas débiteur. Le délégataire s'est donc enrichi en devenant créancier sans cause, et ici encore la *condictio indebiti* sera donnée contre lui à celui au préjudice duquel il s'est enrichi : au déléguant, s'il était créancier du délégué, car la stipulation a éteint sa créance contre le délégué. Si, au contraire, le délégué n'était réellement pas débiteur du déléguant, il pourra repousser l'action du délégataire par l'exception de dol, et agir contre lui par la *condictio indebiti* pour obtenir sa libération, lorsqu'il aura promis par erreur se croyant débiteur du déléguant.

Si le déléguant était débiteur du délégataire, mais avait une exception pour repousser l'action du créancier, le délégué peut-

(501) Julien, l. 2, §§ 3 et 4, *De donat.*, XXXIX, 5. — Ulpien, l. 156, § 1^{er}, *De regul. jur.* l. 17.

il opposer au délégataire les exceptions que pouvait lui opposer le déléguant? Si le délégué avait connaissance de l'exception perpétuelle que le déléguant pouvait opposer au délégataire, il ne pourra s'en prévaloir contre ce dernier. Il y aurait, en effet, contradiction évidente de sa part à se déclarer débiteur du délégataire, et à vouloir encore opposer une exception dont l'effet est de paralyser la dette pour le tout et pour toujours.

S'il ignorait l'existence de cette exception, il faudra distinguer d'après la formule employée. A-t-il promis ce que le déléguant devait au délégataire? Dans ce cas, il prend la place du déléguant, il lui succède pour ainsi dire, *si intercessisset stipulatio, successisse* (502). La dette passe donc sur sa tête telle qu'elle existait sur la tête du déléguant, et il pourra se prévaloir des exceptions que ce dernier pouvait opposer lui-même au délégataire, pourvu toutefois qu'il ne s'agisse pas d'exceptions attachées à la personne du débiteur (503).

Il en serait autrement si le délégué avait promis mille sesterces. Dans cette hypothèse, il ne pourrait se prévaloir contre le délégataire des exceptions qui pouvaient être opposées par le déléguant. Mais ici encore, s'il ne devait rien en réalité au déléguant et qu'il n'ait promis que par erreur, il pourrait repousser l'action du délégataire par l'exception de dol, et agir contre lui par la *condictio indebiti* pour obtenir sa libération.

Si nous supposons maintenant que le déléguant était réellement débiteur du délégataire, mais que le délégué n'a promis que par erreur, se croyant à tort débiteur du déléguant, le délégataire deviendra créancier du délégué et ne sera soumis à aucune *condictio*, car il n'a stipulé que ce qui lui était dû par le déléguant. Toutefois, le délégué, comme nous le verrons, aura en pareil cas la *condictio indebiti* contre le délégant qui se trouve libéré par sa promesse et s'est ainsi enrichi à ses dépens.

(502) Marcellus, l. 24, *De pecun. const.*, XIII, 5.

(503) Paul, l. 7, *De except.*, XLIV, 1.

221. — *B. ENTRE LE DÉLÉGUANT ET LE DÉLÉGUÉ.* — Nous venons de voir les effets produits par la délégation entre le délégué et le délégataire. Examinons maintenant les rapports qui existent entre le déléguant et le délégué. Considérée à ce point de vue, la délégation peut produire deux effets différents : elle peut avoir pour résultat de libérer le délégué envers le déléguant ; elle peut avoir pour effet de donner au délégué un recours contre le déléguant.

La délégation, disons-nous, peut avoir pour résultat de procurer au délégué sa libération envers le déléguant. Si Secundus, délégué, doit mille sesterces à Primus, déléguant, et qu'il promette à Tertius, délégataire, ce qu'il doit au déléguant, la stipulation aura pour effet d'éteindre la créance de Primus contre Secundus : il y aura novation par changement de créancier. Si Primus était en même temps débiteur de Tertius, sa dette sera éteinte par une sorte de *datio in solutum*. Mais si Primus n'était réellement pas débiteur du délégataire Tertius, il aura, comme nous le verrons, une *condictio* contre lui (V. *infra*, n° 224).

Si Tertius a stipulé de Secundus ce que lui devait le déléguant, Primus, et que ce dernier soit réellement son débiteur, il y aura novation par changement de débiteur et extinction de la dette de Primus envers Tertius. Mais la dette de Secundus envers Primus sera également éteinte par une sorte de *datio in solutum*. Au lieu de payer directement son créancier, le délégué, Secundus, lui a procuré sa libération envers le délégataire en s'obligeant à sa place. Si le déléguant n'était réellement pas débiteur du délégataire et n'avait délégué son débiteur que par erreur, cette opération ne saurait avoir pour effet de libérer le délégué envers le déléguant. Cette dette, en effet, n'a pas fait l'objet de la stipulation et n'a pu être éteinte par novation. D'autre part, le délégué ne peut prétendre être libéré par une *datio in solutum*, car il n'a opéré aucune prestation utile et efficace pour le déléguant, en promettant à sa place alors que ce dernier n'était réellement pas débiteur du délégataire.

Si Tertius a stipulé de Secundus mille sesterces, il y aura tout à la fois novation de la dette de Secundus, délégué, envers Primus, déléguant, et de la dette de Primus envers Tertius. Si le déléguant n'était réellement pas débiteur du délégataire, il aura contre lui un recours, une *condictio* dont nous parlerons un peu plus loin (V. *infra*, n° 224).

222. — La délégation, avons-nous dit, peut avoir pour effet de donner un recours au délégué. C'est ce qui pourra arriver lorsque le délégué n'était réellement pas débiteur du déléguant. Si le délégué a promis ce qu'il devait au déléguant et qu'il ne soit tenu d'aucune dette, sa promesse sera nulle faute d'objet et il ne saurait être question de recours. Mais il se peut qu'il ait promis, par exemple, mille sesterces au délégataire et qu'il ne soit pas débiteur du déléguant, ou qu'il ait une exception perpétuelle pour repousser son action. Dans cette hypothèse, le délégué va se trouver obligé envers le délégataire et ne pourra même pas lui opposer les exceptions qu'il pouvait opposer au déléguant, ou que le déléguant pouvait opposer au délégataire. L'équité serait blessée si ce résultat était maintenu. Aussi donne-t-on un recours au délégué, pourvu qu'il ne soit tenu d'aucune dette envers le déléguant, ou que l'exception qui le protégeait soit perpétuelle et exclusive de toute obligation naturelle. Ce recours lui serait également refusé s'il s'était engagé en connaissance de cause, sachant qu'il ne devait rien ou qu'il pouvait refuser de payer; car il serait alors réputé avoir voulu faire une donation au déléguant (504).

Ce recours, nous l'avons vu (V. *suprà*, n° 218), sera donné contre le délégataire, si le déléguant ne lui devait rien et qu'il ait voulu lui faire une donation, ou qu'il se soit cru à tort son débiteur. Ce sera, au contraire, contre le déléguant, si la délégation a eu lieu à titre onéreux, c'est-à-dire si le déléguant était débiteur du délégataire, et que la promesse du délégué ait eu

(504) *Ed.*, l. 12, *h. tit.*

pour effet de lui procurer sa libération. Le recours est en effet donné contre celui qui a tiré profit de l'opération, et dans ce dernier cas le délégant seul s'est enrichi aux dépens du délégué ; le délégataire n'a fait que recevoir la promesse d'une chose qui lui était légitimement dûe. *Summ. recepti* (505).

Par quelle action pourra-t-il exercer ce recours ? Le délégué aura contre le délégant une *condictio indebiti*. S'il n'a pas encore payé, il aura contre lui une *condictio incerti* pour exiger, non pas la somme qu'il n'a pas encore payée, mais sa libération. S'il a déjà payé, il aura une *condictio certi* pour répéter la somme qu'il a versée. Il pourrait alors agir également par l'action *mandati*. *Sed is qui delegavit, tenetur condictione, vel incerti, si non pecunia soluta esset, vel certi, si soluta esset: et ideo, cum ipse præstiterit pecuniam, aget mandati iudicio* (506).

Remarquons, en terminant, que le délégué n'aurait pas la *condictio indebiti*, s'il s'était laissé déléguer dans le but de transiger, alors même qu'il ne serait pas réellement débiteur ou qu'il aurait ignoré l'exception qu'il avait contre le délégant (507).

223. — C. ENTRE LE DÉLÉGUANT ET LE DÉLÉGATAIRE. — Nous venons de voir les effets produits par la délégation entre le délégant et le délégué, et entre le délégué et le délégataire. Il ne nous reste plus, pour terminer sur cette question, qu'à envisager les rapports qui existent entre le délégant et le délégataire.

Ici encore la délégation pourra avoir pour résultat de libérer le

(505) Paul, *loc. cit.*

(506) Paul, l. 12, *h. tit.* — Ulpien, l. 13, *eod. tit.* — Paul, l. 9, § 1^{er}, Dig., *De condict. causæ datæ*, XII, 4. — Tryphoninus, l. 78, § 5, *De jure dot.*, XXIII, 3. — Ulpien, l. 1, § 10, *Quar. rer. act. non dat.* XLIV, 5. — L. 2, C., *De condict. indeb.*, IV, 5.

(507) Paul, l. 65, § 1^{er}, Dig., *De condict. indeb.*, XII, 6. — Ulpien, l. 1, § 10, *Quar. rer. act. non dat.*, XLIV, 5. — L. 2, C., *De condict. indeb.*, IV, 5.

déléguant envers le délégataire, ou de donner un recours au déléguant quand il n'était pas réellement débiteur du délégataire.

Supposons d'abord que le déléguant est réellement débiteur du délégataire. Si Tertius est créancier de Primus de mille sesterces et qu'il stipule du délégué Secundus mille sesterces, ou ce que lui doit Primus : il y aura novation par changement de débiteur ; le délégué sera tenu envers le délégataire à la place du déléguant.

Si Tertius a stipulé de Secundus ce que ce dernier devait à Primus et que cette dette existe réellement, il y aura novation par changement de créancier ; le délégataire Tertius sera créancier du délégué au lieu et place du déléguant. Il y aura aussi extinction de la dette du déléguant envers le délégataire par une sorte de *datio in solutum*. Au lieu de payer directement son créancier, le déléguant lui a procuré une créance utile et efficace contre son débiteur, le délégué. Le délégataire obtiendra du délégué la somme qu'il aurait obtenue du déléguant lui-même ; c'est comme si le délégué avait d'abord payé au déléguant et que le déléguant ait ensuite versé lui-même la somme entre les mains du délégataire (508).

Si, au contraire, le délégué n'était pas réellement débiteur du déléguant, ce dernier ne sera pas libéré envers le délégataire. La stipulation a, en effet, porté spécialement sur la dette du délégué envers le déléguant, et non sur celle du déléguant envers le délégataire. Le déléguant n'est donc pas libéré par novation, et il ne peut prétendre l'être par une *datio in solutum* ; car il n'a procuré aucun bénéfice au délégataire en le chargeant de stipuler d'un délégué qui n'était pas en réalité son débiteur. *Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitur, quanta ei debetur* (509).

(508) Ulpien, l. 8, § 3, *Ad. Snt. Vel.*, XVI, 1. — Paul, l. 37, § 4, *De oper. libert.*, XXXVIII, 1. — Julien, l. 18, *De fidej.*, XLVI, 1.

(509) Julien, l. 18, *eod. tit.* — V. aussi, Ulpien, l. 8, § 8, *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1

224. — La délégation, avons-nous ajouté, peut avoir pour effet de donner un recours au déléguant. Il n'aura aucun recours, s'il savait que la dette n'existait pas ou qu'il avait une exception perpétuelle pour paralyser l'action. En déléguant son débiteur au délégataire en connaissance de cause, il a renoncé à se prévaloir de l'inexistence de la dette ou de l'exception qui la rendait inefficace. Mais il se peut que le déléguant se soit cru réellement débiteur du délégataire, et qu'il ait agi dans l'intention de se libérer de sa dette envers lui. Dans cette hypothèse, le délégataire va s'enrichir aux dépens d'autrui ; il va acquérir le bénéfice d'une créance, alors qu'il ne lui était rien dû. Il sera donc soumis à un recours de la part de celui au préjudice duquel il s'est enrichi.

Si Secundus, délégué, doit mille sesterces à Primus, délégant, et que Tertius, délégataire, stipule mille sesterces de Secundus, ou bien encore, ce qu'il doit au délégant, Tertius n'en deviendra pas moins créancier de cette somme, bien que Primus ne lui doive rien. Dans ce cas, la *condictio indebiti* sera donnée, non pas au délégué qui n'a fait que promettre ce qu'il devait, mais au délégant dont la créance contre le délégué a été éteinte par novation au profit de Tertius (510). Ce recours ne sera donné au délégant qu'autant qu'il n'était tenu d'aucune dette envers le délégataire, ou qu'il était protégé par une exception perpétuelle qui ne laisse subsister aucune obligation naturelle. Ce recours lui serait également refusé s'il avait agi en connaissance de cause ; car alors il serait réputé avoir voulu faire une donation au délégataire. Si le délégué a déjà payé au délégataire, le délégant agira par la *condictio indebiti* contre le délégataire. C'est comme si le délégué avait d'abord payé au délégant, et que celui-ci ait ensuite compté lui-même les deniers au

(510) Ulpien, l. 8, § 3, *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1. — L. 1, § 11, *Quar. rer. act. non dat.*, XLIV, 5.

délégataire (511). Le déléguant pourrait également agir par l'action *mandati directa* (512). Si le délégué n'a pas encore payé, le déléguant agira contre le délégataire par la *condictio indebiti* pour obtenir la restitution de sa créance (513).

Jusqu'ici nous avons toujours supposé que le délégué était réellement débiteur du déléguant. Le recours est alors accordé au déléguant, au préjudice duquel le délégataire s'est enrichi. Mais il se peut que Primus, déléguant, se croyant à tort débiteur de Tertius délégataire de mille sesterces, lui délègue Secundus, qui, de son côté, se croyait débiteur de Primus de la même somme, et ne s'était laissé déléguer que pour éteindre sa propre dette. Si Tertius a stipulé mille sesterces de Secundus, il va s'enrichir, non plus au détriment de Primus qui n'a aucune créance et n'a rien perdu, mais au préjudice de Secundus qui a promis par erreur ce qu'il croyait devoir. C'est donc à Secundus, comme nous l'avons vu, que sera donnée en pareil cas la *condictio indebiti* contre le délégataire (V. *suprà*, n° 218).

225. — Il nous reste à examiner une importante question, pour terminer sur les effets produits par la délégation dans les rapports du déléguant avec le délégataire. Il se peut que, par suite de l'insolvabilité du délégué, le délégataire, créancier du déléguant, ne puisse retirer de l'obligation contractée *novandi causâ* tout le bénéfice qu'il était en droit d'en attendre. Le délégataire devra-t-il souffrir de cette insolvabilité ? Aura-t-il, au contraire, un recours contre le déléguant ?

Cette question ne se présenterait pas, si nous supposions une *expromissio*, en prenant ce mot dans le sens restreint qu'on lui

(511) Ulpien, l. 8, § 3, *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1. — Mæcianus, l. 65, § 4, *Ad Snt. Trebel.*, XXXVI, 1. — Paul, l. 56 ; l. 64, *De solut.*, XLVI, 3.

(512) Arg. l. 12, *h. tit.*

(513) Arg. l. 9, § 1^{er}, Dig., *De condict. causâ datâ*, XII, 4. — L. 8, § 2, *Ad Snt. Vel.*, XVI, 1. — L. 5 § 5, *De doli mali et met. except.*, XLIV, 4. — L. 12, *h. tit.*

donne souvent, c'est-à-dire si un nouveau débiteur était venu s'obliger spontanément sans le concours du débiteur primitif. Dans cette hypothèse, il est bien certain que le débiteur se trouve alors libéré par suite d'une opération à laquelle il est resté étranger. Il n'est donc pas responsable des conditions dans lesquelles cette opération s'est faite, et ne saurait à aucun titre être tenu de l'insolvabilité de celui qui s'est obligé à sa place sans son consentement. Mais il en est autrement quand le débiteur primitif a été partie lui-même dans l'opération ; quand c'est lui-même qui a présenté le nouveau débiteur et que c'est sur cette offre qu'il a été accepté par le créancier. On peut alors se demander si le rôle joué par le délégant, l'offre par lui faite d'un nouveau débiteur, n'a pas engagé sa propre responsabilité. Supposons que Primus, délégant, soit tout à la fois débiteur de Tertius, délégataire, et créancier de Secundus, délégué. Par suite de l'insolvabilité de Secundus, Tertius ne peut recouvrer le montant de sa créance contre lui en tout ou en partie. Qui va supporter les risques de l'insolvabilité du délégué ? Sera-ce Tertius, délégataire ? Sera-ce, au contraire, Primus, délégant ?

Il faut poser en principe que le délégant ne garantit pas la solvabilité du délégué ; que son offre au créancier d'un nouveau débiteur n'emporte aucune obligation de garantie. En effet, la novation a pour résultat de libérer le délégant envers le délégataire : celui qui donne un nouveau débiteur à son créancier le paie (514) ; c'est comme s'il avait touché le montant de sa créance contre le délégué et qu'il ait ensuite payé le délégataire. Désormais il est donc devenu étranger au délégataire ; le délégué est tenu à sa place envers ce dernier, et c'est au créancier seul à supporter la perte qui pourra résulter de l'insolvabilité du délé-

(514) Ulpien, l. 8, § 3, *Ad. Snt. Vel.*, XVI, 1. — Julien, l. 18, *De fidej.*, XLVI, 1. — Ulpien, l. 187, *De verb. signif.*, L, 16.

gué (515). Il ne peut se plaindre d'un tel résultat, car il a suivi la foi du nouveau débiteur ; il a consenti à accepter son engagement à la place de l'obligation du déléguant ; c'est comme si, après avoir touché la somme du déléguant, il l'avait ensuite prêtée au délégué (516). *Bonum nomen facit creditor qui admittit debitorem delegatum.* — *Nomen ejus creditor secutus est* (517). Donc, en principe, le délégataire ne peut se plaindre des résultats d'une opération qu'il a volontairement acceptée. Le délégant est définitivement libéré envers lui, et c'est sur le délégataire seul que doivent peser les risques de l'insolvabilité du délégué, peu importe d'ailleurs que cette insolvabilité soit antérieure à la stipulation *novandi causâ*, ou qu'elle ne se soit produite qu'à une époque ultérieure (517 bis).

(515) Paul, l. 26, § 2. *Mandati vel contrâ*, XVII, 1. — Papinien, l. 63, § 1^{er}, *De evict.*, XXI, 2. — Julien, l. 18, *De fidej.*, XLVI, 1. — Pothier, *Traité des obligations*, n° 604. — Cujas, *in lib. XXXII Pauli Ad Edictum*, ad l. 26, § 2, *Mandati (opera post.)*, t. II, col. 500). — Muhlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 494. — Labbé, *Revue pratique de droit français* (1865), t. XX, p. 537. — Warnkœnig, *Commentarii juris romani privati*, t. II, p. 143. — Pellat, *Textes sur la dot*, p. 166. — Accarias, *op. cit.*, p. 703.

(516) Celsus, l. 21, § 1^{er}, *De donat.*, XXXIX, 5.

(517) Paul, l. 26, § 2 ; l. 45, § 7, *Mandati vel contrâ*, XVII, 1.

(517 bis) Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 703. — Pellat, *Textes sur la dot*, pp. 170 et suiv. — D'après Cujas, (*in lib. Pauli XXXII, Ad Edictum*, ad l. 26, § 2, *mandati.* — *Opera post.*, t. II, col. 501), le délégant devrait être tenu de l'insolvabilité du débiteur délégué, lorsqu'elle est arrivée au temps de la délégation et a été ignorée du créancier. Malgré la grande autorité de Cujas, il nous paraît impossible d'admettre ce tempérament à la règle que nous avons posée. La délégation a pour effet de libérer le délégué ; le délégataire s'est contenté de la créance telle qu'elle existait au jour de la délégation. Aussi Pothier (*Traité des obligations*, n° 604), qui semble bien disposé à adopter l'opinion de Cujas, ajoute-t-il : « Ces raisons peuvent faire rejeter, dans le for extérieur, l'opinion de Cujas ; mais elle nous paraît indubitable dans le for de la conscience. » — Nous ne saurions également approuver l'opinion de certains auteurs qui

226. — Toutefois ce principe n'est pas absolu ; il est susceptible de recevoir des exceptions. En d'autres termes, le délégataire est présumé renoncer à tout recours contre le déléguant ; mais il n'y a là qu'une présomption qui doit tomber devant une manifestation contraire de la volonté des parties. Le délégataire pourra donc se réserver un recours contre le délégant : il pourra être convenu que la délégation aura lieu *periculo mandantis* (518). Une telle convention était considérée par les jurisconsultes romains comme un contrat de mandat. Les Institutes (519) citent ce cas parmi ceux où le mandat était conçu dans l'intérêt réciproque du mandant et du mandataire. L'intérêt du délégant tient à ce qu'il échappe pour un temps et peut-être pour toujours aux poursuites du délégataire. L'intérêt du délégataire tient à ce qu'il a désormais deux débiteurs au lieu d'un seul. Le délégant a sans doute été libéré de sa dette envers le délégataire, par l'effet de la stipulation *novandi causâ* ; mais le délégataire qui n'aura pu se faire payer par le délégué, aura contre le délégant, en vertu du mandat, l'action *mandati contraria* (520).

Remarquons toutefois que, même dans l'hypothèse où la délégation a été faite *periculo mandantis*, le délégant ne répond de l'insolvabilité du délégué qu'autant que le délégataire n'est pas en faute. Il cesserait d'être tenu, s'il était prouvé que le délég-

prétendent apporter une exception à la règle générale, quand il s'agit d'une délégation conditionnelle et que le délégué devient insolvable avant l'arrivée de la condition (V. notamment, Muhlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 494). La disposition de la loi 43, § 1^{er}, *De jure dotium*, s'explique par la position particulière du mari V. *infra*, n° 227.

(518) *Eod.*, l. 45, § 7, *eod. tit.* — La convention peut d'ailleurs déterminer, au gré des parties, l'étendue de la responsabilité, de la garantie à laquelle le délégant se soumet. Il peut garantir la solvabilité actuelle, et non la solvabilité future du délégué. Labbé, *Revue pratique de droit français* (1865), t. XX, p. 539.

(519) Liv. III, 26, § 2. — V. aussi, Paul, l. 22, § 2, *Mandati vel contrâ*, XVII, 1.

(520) Paul, l. 22, § 2 ; l. 45, § 7, *eod. tit.*

gataire est en faute, qu'il n'a pas fait les diligences nécessaires pour obtenir le paiement pendant que le délégué était encore solvable (521).

Le déléguant devrait également supporter les conséquences de l'insolvabilité du délégué, s'il avait commis un dol envers le délégataire, s'il avait employé des manœuvres coupables dans le but de lui faire accepter pour débiteur le délégué dont il connaissait l'insolvabilité (521 *bis*).

227. — Le mari qui, sur la délégation de sa femme, a stipulé d'un débiteur de celle-ci, est-il soumis à la règle générale que nous avons posée, ou se trouve-t-il dans l'exception ? A-t-il pris sur lui les risques de la solvabilité du débiteur ? Ces risques sont-ils, au contraire, à la charge de la femme, et le mari ne doit-il supporter les conséquences de l'insolvabilité du délégué qu'autant qu'on peut lui reprocher de la négligence dans le recouvrement ?

Les uns (522) soutiennent que la règle générale est applicable au mari, en principe, comme à tout autre délégataire, c'est-à-dire que l'insolvabilité du débiteur sera à sa charge, à moins que la femme n'ait fait la délégation à ses risques et périls, auquel cas le mari ne répondra de l'insolvabilité du débiteur que s'il a négligé d'agir en temps utile. A l'appui de cette doctrine, on fait observer que l'application de cette règle n'a été écartée par aucun texte en ce qui concerne la délégation *dotis causâ*. Le mari a consenti à recevoir une simple créance à titre de dot ; il a suivi la foi du débiteur, et, dès lors, il doit supporter les conséquences qui peuvent résulter de son insolvabilité. *Bonum nomen facit creditor qui admittit debitorem delegatum*. C'est bien ce qui semble résulter de la loi 6, *De pactis dotalibus*, dans laquelle

(521) Modestin, l. 35, *Dig., De reb. credit.*, XII, 1.

(521 *bis*) Labbé, *loc. cit.*, p. 540.

(522) Muhlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 528. — V. aussi les auteurs cités par Pellat, *Textes sur la dot*, p. 169, note 1.

Ulpien rapporte l'opinion de Pomponius, qui ne permet pas au mari de convenir qu'il sera seulement tenu du dol quant à la dot. Toutefois il lui est permis de convenir que la créance contre le débiteur qui a promis la dot ne sera pas à ses risques. A quoi bon une pareille convention, si l'insolvabilité devait atteindre la femme et non pas le mari ! Le mari n'aurait pas à s'en préserver par un pacte spécial, s'il ne devait pas, en principe, en subir les conséquences.

D'autres (522 *bis*) soutiennent, au contraire, que la règle générale ne s'applique pas au mari, c'est-à-dire que la délégation *dotis causâ* est toujours réputée faite aux risques de la femme. L'insolvabilité du délégué ne doit donc retomber sur le mari que s'il n'a pas apporté les diligences nécessaires dans la poursuite, à moins qu'il n'ait pris les risques à sa charge par une convention spéciale. On peut faire observer que plusieurs textes sont favorables à cette seconde opinion et supposent que les risques sont, en principe, à la charge de la femme. Cette solution est formellement consacrée par Paul, dans la loi 41, § 3, liv. XXIII, tit. 3, *De jure dotium*, pour le cas où la dot a été promise sous condition par le débiteur de la femme qui devient insolvable avant l'arrivée de la condition. C'est bien ce que suppose également Julien, dans la loi 49, au même titre, quand il décide que l'on doit rechercher, en cas d'insolvabilité du promettant, s'il n'y a pas eu quelque faute commise par le mari. Pourquoi cela, si les risques devaient être à sa charge, même en l'absence de toute faute de sa part ? C'est donc que, pour Julien, l'insolvabilité sera supportée par la femme, s'il n'y pas eu négligence du mari. Quant à la loi 6, *De pactis dotalibus*, invoquée par les partisans du premier système, elle ne fait que permettre au mari d'écarter la responsabilité de l'insolvabilité du délégué, dans le cas où cette responsabilité devrait, *par exception*, peser

(522 *bis*) V. Pellat, *Textes sur la dot*, pp. 170 et suiv., et les auteurs cités, p. 168, note 3.

sur lui. Il se peut, en effet, que le mari, d'une manière expresse ou tacite, ait reçu la délégation à ses risques et périls, par exemple, quand il a accepté la promesse du délégué, connaissant très-bien à ce moment l'insolvabilité du promettant (523). On pourrait d'ailleurs invoquer aussi cette loi en faveur de la seconde opinion; car elle suppose qu'une convention spéciale peut mettre à la charge du mari les risques qui pèsent sur la femme, *quæ periculo mulieris est*.

On comprend d'ailleurs que la règle générale ne puisse s'appliquer au mari; car il ne se trouve pas dans la situation d'un délégataire ordinaire. Lorsqu'un débiteur délègue son propre débiteur à son créancier, il s'agit pour ce dernier de recevoir une promesse en paiement, de libérer le déléguant en prenant à sa place un nouveau débiteur avec qui seul il aura désormais affaire. Au contraire, quand il s'agit d'une délégation *dotis causâ*, le mari veut faire naître une obligation à son profit; il veut se procurer une dot qu'il devra ensuite restituer lorsqu'elle aura subvenu aux charges du mariage. Il est donc naturel qu'il ne supporte pas les risques de l'insolvabilité du débiteur: pour savoir ce qu'il doit restituer il faut examiner ce qu'il a réellement reçu ou ce qu'il a manqué de recevoir par sa faute.

Nous croyons, pour notre part, qu'il y a du vrai dans l'un et l'autre de ces systèmes, selon le point de vue auquel on se place. Il y a, en effet, deux personnes dans le mari: il y a le mari et le délégataire. Il est vrai de dire avec les partisans du premier système, que le mari, comme délégataire, est réputé payé par le déléguant et doit supporter les risques de l'insolvabilité du débiteur. Mais là n'est pas la véritable question: il s'agit de savoir si le mari, en cette qualité, quel que soit l'émolument que lui ait procuré la créance dotale, devra en restituer le montant à la femme sur l'action *rei uxoriæ*. C'est en ce sens qu'il faut se

(523) Ulpien, ll. 35, 36; Paul, ll. 41, § 3, 71; Julien, l. 49, *De jure dotium*, XXIII, 3.

demander si l'insolvabilité du délégué est ou non à la charge du mari. Or, à ce point de vue, il est vrai de dire avec les partisans du second système que les conséquences de l'insolvabilité du débiteur doivent retomber sur la femme. Ne serait-il pas injuste d'obliger le mari à restituer une dot qu'il n'a pas reçue? L'action *rei uxoriæ* est une action *in bonum et æquum concepta*, et le mari doit restituer *quod æquius melius esset*, c'est-à-dire une somme arbitrée par le juge suivant les convenances et l'équité. Il en résulte que le mari qui ne s'est rendu coupable d'aucune faute, sera quitte envers la femme en lui restituant la dot telle qu'il l'a reçue, et qu'il n'aura rien à restituer si le délégué est insolvable, à moins qu'il n'ait pris expressément ou tacitement les risques à sa charge. Il n'y a donc pas en réalité d'exception à la règle générale en matière de garantie, si l'on pose la question comme elle doit être véritablement posée. La femme supporte sans doute les risques, en principe, mais ce n'est pas comme déléguante, tenue d'un recours ; c'est comme créancière de la dot, ne pouvant obtenir la restitution de ce qu'elle n'a point fourni en réalité (523 bis.).

(523 bis) V. Gide, *op. cit.*, p. 418, note 2. — Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 703.



SECONDE PARTIE

La stipulation est-elle le seul mode de novation ?

SECTION I.

Novation volontaire.

Lorsque nous avons défini la novation, nous avons dit que c'était la *stipulatio nova prioris debiti*. Jusqu'ici, en effet, nous avons toujours supposé qu'elle se réalisait à l'aide d'une stipulation régulière en la forme. Cette condition n'était pas sans doute suffisante, comme nous l'avons vu ; mais était-elle du moins nécessaire ? En d'autres termes, la novation ne pouvait-elle pas s'opérer autrement que par la stipulation ? Ne pouvait-elle pas résulter d'un autre contrat *verbis* que la stipulation ? Ne pouvait-on pas novation à l'aide d'un contrat réel ou consensuel ? Ne doit-on pas surtout décider que le contrat *litteris*, la *transcriptio a re in personam* ou *a personâ in personam*, opérerait novation par changement de cause ou de personnes ? Telles sont les différentes questions qu'il nous faut rapidement examiner.

§ 1^{er}. — Contrats réels ou consensuels.

228. — Ce que nous appelons novation aujourd'hui, c'est la convention par laquelle on éteint une ancienne dette pour y substituer une dette nouvelle. Cet échange d'une obligation contre une autre n'était pas inconnu des Romains. Nous en trouvons, au contraire, de nombreux exemples dans le Digeste.

C'est ainsi qu'un contrat de dépôt peut être converti en un contrat de prêt (524) ; qu'une vente peut être remplacée par une autre vente faite à un prix différent (525) ; qu'une somme due en vertu d'un mandat peut être gardée à titre de prêt (526). Dans ces hypothèses et autres semblables, l'opération constitue-t-elle une novation ? Assurément non ; jamais les Romains n'ont donné à ces différentes opérations le nom de novation. Ils ne l'ont pas fait et nous ajoutons qu'ils ne devaient pas le faire. Il nous suffira, pour le démontrer, de rappeler en quelques mots ce que nous avons déjà dit en parlant de l'objet de la novation.

Qu'est-ce, en effet, que la novation ? C'est la *stipulatio nova prioris debiti* ; c'est une nouvelle stipulation portant sur ce qui était déjà dû. L'objet de la première dette se trouve déduit dans la stipulation ; il y a transformation de la première obligation, *transfusio atque translatio prioris debiti* (527). Cette transformation suppose sans doute deux résultats différents ; la stipulation a un effet extinctif et un effet positif ; mais ces deux effets sont intimement liés ; le premier ne pourrait se produire dans la même forme sans le second. La stipulation tend à une double fin ; mais elle constitue un acte unique et indivisible. En un mot, pour qu'il y ait novation il ne suffit pas de la simple substitution d'une obligation à une autre ; il faut qu'il y ait transformation de la première dette en une dette nouvelle. Il faut une forme vide dans laquelle on puisse verser le contenu de la première dette. Il faut une opération unique, indécomposable, une formule qui ne puisse détruire l'obligation ancienne sans faire naître en même temps un droit nouveau.

Or, il suffit de soumettre les actes dont nous avons parlé à une analyse attentive, pour apercevoir aussitôt deux actes parfaite-

(524) Ulpien, l. 9, § 9, *Dig., De reb. cred.*, XII, 1.

(525) Pomponius, l. 2, *De rescind. vendit.*, XVIII, 5.

(526) Ulpien, l. 15, *Dig., De reb. cred.*, XII, 1.

(527) *Eod.*, l. 1, pr., *h. tit.*

ment distincts, qui peuvent être unis et dans le temps et dans l'intention des parties, mais qui n'ont entre eux aucun rapport juridique nécessaire. Si vous me devez une somme comme mandataire ou dépositaire, et qu'il soit entendu que vous garderez cette somme à titre de prêt, qu'avons-nous fait en réalité ? Vous ne pouvez être tenu comme emprunteur qu'en vertu de la tradition que je vous ai faite des deniers. Il y a donc deux traditions, l'une faite par vous entre mes mains, et l'autre faite par moi entre les vôtres. *Videtur mihi data pecunia et a me ad te profecta* (528). Sans doute, ces deux traditions n'ont pas été opérées véritablement ; car il était inutile de me payer ce que je devais ensuite remettre entre vos mains ; mais ces deux opérations n'en existent pas moins en droit, et pour être fictives elles n'en sont pas moins réelles juridiquement. La première seule a eu pour effet d'éteindre votre obligation, et elle aurait très-bien pu se faire sans être suivie de la seconde. La seconde tradition constitue un prêt ordinaire et se suffit à elle-même. En un mot, si en fait il y a un acte unique, l'analyse juridique découvre toujours dans cette opération deux actes isolés et indépendants. De tous les contrats qui ont pour but et pour résultat de remplacer une obligation ancienne par une obligation nouvelle, la stipulation est donc le seul qui puisse opérer novation, parce que c'est le seul qui puisse transformer la première obligation, c'est-à-dire l'éteindre sans altérer son objet, parce que c'est le seul qui puisse réaliser le double effet attaché à la novation dans un acte unique et indivisible.

Le simple pacte ne pouvait donc non plus opérer novation. Il est d'ailleurs impuissant, en principe, à créer et à éteindre une obligation *jure civili*.

(528) *Eod.*, l. 15, *Dig.*, de reb. credit., XII, 1.

§ 2. — *Pacte de constitut.*

229. — Ne pouvait-on pas cependant nover à l'aide du pacte de constitut ? C'est une convention par laquelle quelqu'un prend l'engagement de payer à jour fixe une dette préexistante. Ce pacte avait été dérobé par le prêteur au droit commun : *Ex pacto actio non nascitur*, et muni de l'action de *pecuniâ constitutâ*. Le constitut avait un certain caractère de droit strict, et pouvait rendre des services analogues à ceux que rendait la stipulation *novandi causâ*. Il se peut que ce pacte intervienne entre les mêmes parties et que le créancier ne renonce pas à son ancienne action. Il se peut qu'un nouveau débiteur figure dans le pacte et joue le rôle d'*intercessor*. Il se peut aussi que ce soit un nouveau créancier qui intervienne et ait reçu du précédent le mandat de s'adjoindre à lui. Dans ces hypothèses, il ne saurait être question de novation. Il y a une nouvelle obligation, un nouveau débiteur ou un nouveau créancier qui est venu s'ajouter au premier.

Il se peut, au contraire, que les parties étant les mêmes, le créancier ait entendu renoncer à l'ancienne obligation, ou qu'un nouveau débiteur ait voulu s'obliger à la place de l'ancien, ou qu'un nouveau créancier ait été substitué au premier, par exemple, quand le débiteur lui a été délégué. Dans toutes ces hypothèses, on peut dire sans doute que le constitut fonctionne à l'image de la novation, puisqu'il a pour résultat d'éteindre une obligation et d'en créer une autre ; il y a changement dans la cause de l'obligation ou dans la personne de l'une des parties. Cependant il ne serait pas exact de qualifier cette opération de novation, en prenant ce mot dans son sens juridique. En effet, le pacte de constitut n'était sanctionné que par le droit prétorien, et ne pouvait dès lors produire les effets importants attachés à la novation, mode d'extinction civil des obligations. Aussi, l'obligation ancienne subsistait toujours (529) et n'était que paralysée

(529) Gaius l. 28, *De pecun. const.*, XIII, 5.

à l'aide d'une exception. Il y avait, si l'on veut, une quasi-novation, une novation prétorienne ; mais il n'y avait pas une véritable novation opérant *ipso jure*, se réalisant par une formule juridique reconnue par le droit civil, et dont l'effet complexe était d'éteindre une dette et de créer une nouvelle obligation (529 bis).

Le constitut pouvait toutefois, comme nous l'avons vu, rendre des services analogues à ceux que rendait la stipulation *novandi causâ*. Il avait même sur cette dernière l'avantage de n'être soumis à aucune forme déterminée. Il présentait encore un autre avantage pour le débiteur, pour le constituant, c'est que ce dernier ne pouvait être lié si la première dette n'existait pas, ou se trouvait paralysée par une exception qui ne laisse pas subsister d'obligation naturelle (530). Nous avons vu, au contraire, que la stipulation régulière en la forme suffisait pour obliger le promettant, alors même qu'elle ne rencontrait aucune dette à éteindre (V. *suprà*, n^{os} 12 à 15). Ajoutons enfin que l'utilité du constitut dut grandir encore, le jour où l'on admit que l'on pourrait l'employer pour substituer un objet à un autre (531), car nous avons vu (V. *suprà* n^{os} 50 et suiv.) que ce changement ne pouvait être atteint à l'aide de la novation.

En résumé, nous dirons : ni le simple pacte, pas même le pacte de constitut, ni les contrats réels, consensuels ou innommés, ne pouvaient opérer novation, parce que l'extinction d'une dette par la novation ne pouvait s'opérer que dans une forme reconnue par le droit civil, produisant dans un acte unique et indivisible deux résultats différents : l'extinction d'une obligation et la création d'une nouvelle dette, ou plus exactement sa transformation en une obligation nouvelle.

(529 bis) V. Bodin, *Revue historique*, t. XII, pp. 209 et suiv.

(530) Ulpien, l. 1, § 7., l. 3, § 1^{er}, *cod. tit.*

(531) *Eod.*, l. 1, § 5, *cod. tit.*

§ 3. — *Contrat litteris.*

230. — Parmi les conventions qui ont pour but de mettre une obligation à la place d'une autre, il en est une cependant qui semble devoir opérer novation comme la stipulation, nous voulons parler du contrat *litteris*. Cette question a donné lieu et donne encore lieu aujourd'hui à une controverse trop importante pour que nous ne nous y arrêtions pas un instant.

En quoi consiste le contrat *litteris*? Quelle était la nature du *codex accepti et expensi* à l'aide duquel il se réalisait? Quelle était son utilité pratique? Comment un livre de caisse pouvait-il donner naissance à des obligations? Ce sont là autant de questions fort intéressantes sans doute, mais que nous ne pouvons examiner ici avec tous les développements qu'elles comportent, sans sortir des limites que nous nous sommes tracées. Nous nous bornerons donc à rappeler quelques indications générales sur ce point, pour aborder ensuite la difficulté principale qui doit faire l'objet de nos recherches : Le contrat *litteris* était-il oui ou non chez les Romains une forme de novation?

Les Romains avaient coutume de tenir des livres ou registres sur lesquels ils mentionnaient toutes les opérations relatives à leur fortune. Cicéron (532) nous présente comme quelque chose de nouveau et de ridicule, l'allégation d'un citoyen qui prétend n'avoir pas tenu de registres ou avoir cessé de les tenir. Il y avait d'abord une sorte de brouillon, appelé : *adversaria*, sur lequel ils notaient les différentes opérations au fur et à mesure qu'elles se réalisaient, pour les relever ensuite avec ordre et méthode sur le véritable registre, *tabulæ* ou *codex accepti et expensi*. Sur ce livre, qu'on peut considérer comme un livre de caisse, le père de famille portait à la colonne des recettes (*acceptum latum* ; accep-

(532) *In Verrem*, 2^e action, liv. I, n° 23.

tilatio) l'argent qu'il avait touché à un titre quelconque. Réciproquement, chaque fois qu'il déboursait une somme à un titre quelconque, il la portait à la colonne des dépenses (*expensum latum; expensilatio*). C'est de la caisse qu'était sorti l'argent qui avait été porté sur le registre au nom de telle personne, d'où sans doute le nom de *nomina arcaria*, c'est-à-dire les créances de la caisse.

On ne saurait voir aucune novation dans ces différentes inscriptions, qui n'avaient pour but que de conserver le souvenir d'opérations faites, et de former des instruments de preuve en justice. Ce qui engendre l'obligation, ce n'est pas l'inscription elle-même, mais le fait qu'elle est destiné à prouver, et qui a produit son effet juridique au moment même où il s'est réalisé (533).

L'écriture ne servait pas seulement à constater une obligation préexistante ; mais elle pouvait aussi donner naissance à une obligation nouvelle : c'était le contrat *litteris*. Les deux parties pouvaient s'accorder, l'une à tenir une somme pour pesée et donnée (*pecunia expensa lata*), l'autre à la tenir pour pesée et reçue (*pecunia accepta lata*), et à la porter comme telle sur le *codex*. L'inscription était faite en vertu de cette fiction et l'obligation civile prenait naissance.

231. — Le contrat *litteris* était employé le plus souvent comme moyen de faire une novation, ou du moins quelque chose d'analogue à une novation, c'est-à-dire qu'il avait pour but de remplacer une obligation antérieure par une obligation nouvelle. L'obligation née du contrat *litteris* s'appelait : *nomen transcriptitium*, et l'opération qui lui donnait naissance, c'est-à-dire le contrat lui-même, s'appelait : *transcriptio* (534). La *transcriptio* pouvait s'opérer de deux manières : *a re in personam*, ou *a personâ in personam*. Il y a *transcriptio a re in personam*,

(533) Gaius, III, 131.

(534) Gaius, III, 128 et suiv.

quand j'inscris sur mon registre, comme vous l'ayant prêtée, la somme que vous me devez, par exemple, en vertu d'une vente, d'un louage ou d'une société. Votre obligation ancienne est éteinte ; mais vous êtes tenu en vertu d'une cause nouvelle : il y a obligation *litteris* (535). Il y a *transcriptio a personâ in personam*, ajoute Gaius (536), si j'ai inscrit sur mon registre, comme vous l'ayant prêtée, une somme que Titius me devait, c'est-à-dire si vous m'avez été délégué par mon débiteur Titius. Ce dernier se trouve libéré et vous êtes tenu à sa place ; il y a eu changement de débiteur.

Si l'on examine de près chacune de ces opérations, on y trouve toujours la supposition d'un *acceptum* et d'un *expensum*, c'est-à-dire une double fiction. Titius me devait mille sesterces en vertu d'un contrat de vente ; il est réputé m'avoir réellement versé cette somme entre les mains, et cette première opération sera représentée sur le livre de caisse par une inscription à la colonne des *accepta*. Je suis réputé lui avoir ensuite versé la même somme entre les mains à titre de prêt, ou avoir compté cette somme à celui qui a voulu être obligé en son lieu et place. Cette deuxième opération sera représentée sur le livre de caisse par une inscription à la colonne des *expensa*. En un mot, il y a deux inscriptions corrélatives : la constatation d'un *expensum* et d'un *acceptum* ; de là, sans aucun doute, le terme de *transcriptio, nomen transcriptitium*.

Pour que ce contrat puisse se former, faut-il également des inscriptions sur le registre du débiteur ? Ce dernier doit sans doute les faire, s'il tient régulièrement son *codex* ; mais cette écriture, à notre avis, était indifférente pour la perfection du contrat et ne pouvait avoir d'importance qu'au point de vue de la preuve.

Il y aurait beaucoup à dire sur le contrat *litteris*. Nous n'in-

(535) *Eod.*, III, 129.

(536) *Eod.*, III, 130.

sistons pas et nous revenons à la question qui se rattache plus spécialement à notre sujet : Le contrat *litteris* constitue-t-il une forme de novation ?

232. — Il semble que la question ne doive pas présenter de très-grandes difficultés. Qu'est-ce, en effet, que la novation ? C'est, nous dit Ulpien (537) : *transfusio atque translatio prioris debiti in aliam obligationem*. Pourquoi ce transport ne pourrait-il pas s'opérer par le contrat *litteris*, comme par la stipulation ? Vous m'avez été délégué par mon débiteur Titius, et j'ai inscrit sur mon registre, comme vous l'ayant prêtée, la somme qu'il me devait. Il y a *transcriptio obligationis* : Titius cesse d'être mon débiteur et vous êtes tenu à sa place : il y a novation par changement de débiteur.

On comprend d'ailleurs qu'il en soit ainsi ; car nous rencontrons dans ce contrat tous les éléments de la novation. Dans la *transcriptio a personâ in personam*, il y a novation subjective, novation par changement de débiteur. Dans la *transcriptio a re in personam*, il y a novation par changement de cause ; il y a un nouveau titre d'obligation. Dans tous les cas, il y a extinction d'une obligation et création d'une nouvelle dette. Les parties ont entendu éteindre la première obligation et la remplacer par une nouvelle. Peu importe que la formule soit verbale ou écrite, il y a toujours extinction de la première dette et création d'une nouvelle obligation à la charge de la même personne ou d'un autre débiteur. Le contrat *litteris* est de même nature que le contrat *verbis*, et n'est pas moins énergique dans ses effets.

On peut faire novation par changement de modalités. Le peut-on également par le contrat *litteris* ? On ne peut sans doute substituer par là une obligation conditionnelle à une obligation pure et simple, car le contrat *litteris* suppose un prêt réalisé, actuellement fait (538). On peut, au contraire, ajouter un

(537) L. 1, pr., *h. tit.*

(538) *Frag. Vat.*, § 329.

terme (539), ou bien encore substituer une obligation pure et simple à une obligation à terme ou conditionnelle.

Le contrat *litteris* peut donc opérer novation par changement de cause ou par changement de personnes, ou même par changement de modalités, du moins dans une certaine mesure. Il est vrai que Gaius (540) ne présente pas le contrat *litteris* comme une forme de novation; mais si l'on ne trouve pas le mot, on trouve cependant la chose elle-même. Gaius parle, en effet, de délégation (541); or, la délégation, comme nous l'avons vu (V. *suprà*, n^{os} 183 et suiv.), servait surtout à opérer novation. Du reste, si la stipulation peut servir à éteindre une obligation par novation, c'est qu'elle a la puissance de créer une nouvelle obligation. Pourquoi en serait-il autrement pour le contrat *litteris*, puisqu'il a aussi pour effet de donner naissance à une obligation? Le créancier constate que ce qui était dû ne l'est plus. Mais il n'y a extinction que par suite de l'*expensilatio*, c'est-à-dire de la formation d'une dette nouvelle. Il y a un fait complexe, un double effet qui se produit en même temps.

On objecte, il est vrai, qu'il y a, au contraire, deux faits distincts, deux effets séparés : l'obligation qui résulte du contrat *litteris*, et l'extinction de l'obligation ancienne résultant d'un paiement fictif. Mais il n'y a là qu'une fiction qui ne saurait libérer le débiteur. Ce paiement est supposé dans le but unique de justifier l'*expensilatio*, qui a réellement pour conséquence de procurer au débiteur sa libération. Il y a un lien intime entre ces deux faits. C'est parce que le débiteur consent à être tenu en vertu d'une nouvelle cause, que le créancier, de son côté, consent à le libérer de son ancienne obligation.

Il est vrai encore que Gaius (542), en parlant de l'extinction

(539) Cic., *ad diversos*, VII, 23.

(540) C. III, 128 et suiv.

(541) C. III, 130.

(542) C. III, 176 et suiv.

des obligations, ne présente pas le contrat *litteris* comme un mode d'opérer novation. Mais on comprend facilement cette omission; car Gaius ne fait pas une théorie complète de la novation. Il se contente de la présenter sous sa forme ordinaire, qui est la stipulation.

On comprend également le silence des textes du Digeste sur ce point. Sans doute, Ulpien (543), par exemple, aurait pu dire : *Novari verbis aut litteris*; mais ce dernier contrat était loin d'avoir de son temps l'importance qu'il avait eue tout d'abord. On ne peut affirmer d'ailleurs que ces textes nous soient parvenus dans toute leur pureté. Le contrat *litteris* était tombé en désuétude sous Justinien, et l'on comprend qu'il ait pu corriger les textes dans lesquels il en était question.

Il y a toutefois cette différence entre le contrat *verbis* et le contrat *litteris*, que la stipulation peut porter sur toute prestation déterminée ou non. Il en résulte que l'objet de la dette novée peut toujours reparaître dans la stipulation, et que l'obligation à laquelle elle donne naissance sera sanctionnée, suivant les cas, par une *condictio certi* ou par une *condictio incerti*. Au contraire, l'*expensilatio* s'applique à une somme déterminée, et l'action qui en découle ne peut être qu'une *condictio certi*. Il en résulte également qu'il y aura changement dans l'objet, toutes les fois que la première obligation ne portera pas elle-même sur une somme déterminée.

De cette dernière conséquence faut-il conclure que le contrat *litteris* ne peut opérer novation ? Non, sans doute, si l'on admet que la novation peut avoir lieu par changement d'objet. Cette solution serait encore vraie, alors même que l'on regarderait l'identité d'objet comme une condition nécessaire pour qu'il puisse y avoir novation. Cette condition se rencontrera, en effet, toutes les fois que la première obligation portera elle-même sur une somme déterminée. Nous avons vu, d'ailleurs, que *par idem*

(543) L. 1, § 1^{er}, *h. tit.*

debitum il ne faut pas entendre le même objet matériel, mais le même objet juridique, c'est-à-dire l'estimation de la chose, la liquidation de la créance (V. *suprà*, n^{os} 61 et suiv.). Or, cette condition se trouve réalisée dans le contrat *litteris*. Il y aura donc, sinon identité d'objet matériel, du moins identité d'objet juridique, *idem debitum*.

De tout ce qui précède, il faut donc conclure que le contrat *litteris* peut opérer novation, aussi bien que le contrat verbal. Le premier est même, à certains égards, plus large que le second, et présente sur lui des avantages considérables. C'est ainsi que la stipulation ne peut se former qu'entre deux personnes présentes. Au contraire, je peux obliger Titius envers moi, même en son absence, au moyen d'une *expensilatio* faite sur mon registre. *Sed absentis expensum ferri potest, etsi verbis obligatio cum absente contrahi non possit* (544).

233. — On ne saurait méconnaître la force de cette argumentation. Aussi, la plupart des auteurs (545) admettent-ils que le contrat *litteris* a la vertu de nover les créances, tout aussi bien que la stipulation. Cette théorie a cependant rencontré des adversaires, et l'on a prétendu que la stipulation seule avait la puissance d'opérer novation. Si l'on compare, en effet, le contrat *litteris* et la novation s'opérant par la stipulation, on s'aperçoit bien vite qu'il existe entre ces deux actes, soit quant à la forme, soit quant au fond, des différences qui semblent justifier la distinction que l'on veut établir entre eux.

La novation, nous l'avons déjà dit, est un acte simple et indécomposable. La stipulation *novandi causâ*, quoique ten-

(544) Gaius, III, 137.

(545) Maynz, *Cours de droit romain*, t. II, § 377, p. 534, et § 332, p. 340. — Molitor, *Les obligations en droit romain*, t. III, p. 261. — Etienne, *Institutes traduites et expliquées*, t. II, p. 248. — Van Vetter, *Droit romain*, t. I, p. 721, p. 818. — Muhlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 475. — Warnkœnig, *Commentarii juris romani privati*, t. II, p. 138. — Demangeat, *Cours de droit romain*, t. II, p. 294. — Ortolan, *Explication historique des Institutes de Justinien* (7^e édition), t. III, pp. 254 et 386.

dant à une double fin, constitue un acte unique et indivisible. L'effet extinctif s'opère comme conséquence de l'effet positif, et sans le second le premier ne pourrait se produire dans la même forme. Il y a donc deux résultats distincts qui se réalisent par une seule opération et dans une seule formule, dont l'un est la conséquence de l'autre. Ce que vous me devez à titre de vente me le promettez-vous ? Je vous le promets. Voilà la novation : nous n'avons fait qu'une seule opération ; il n'y a pas deux actes qui puissent être séparés, l'extinction d'une première dette, puis la création d'une obligation absolument nouvelle ; il n'y a qu'une novation, c'est-à-dire la transformation de la première dette. Sans la création de cette seconde obligation la première dette n'aurait pas pu être éteinte dans la même forme. Il n'y a pas seulement unité d'opération en fait et dans l'intention des parties, mais l'analyse juridique elle-même n'y découvre qu'un tout indécomposable.

La *transcriptio*, au contraire, nous l'avons vu, constitue une opération qui n'est pas indécomposable. L'analyse juridique y découvre deux actes parfaitement distincts. Vous êtes mon débiteur de telle somme en vertu d'un contrat de vente, et j'inscris cette somme sur mon *codex* comme vous ayant été prêtée. Qu'avons-nous fait, ou plutôt que sommes-nous réputés avoir fait pour réaliser le résultat que nous nous proposons d'atteindre ? Mon livre porte, à la colonne des *expensa*, que telle somme est sortie de ma caisse et vous a été prêtée. Mais ce prêt, cette tradition, suppose nécessairement que de votre côté vous m'avez d'abord payé ce que vous me deviez à titre de vente. Il y a donc deux actes distincts, sinon réels, du moins supposés, et qui produisent en droit les mêmes résultats que s'ils s'étaient opérés en réalité. Vous m'avez payé votre dette à titre d'acheteur, et ce paiement a eu pour effet d'éteindre complètement votre obligation. Je vous ai ensuite versé, ou du moins je suis réputé vous avoir versé cette même somme à titre de prêt, et cette tradition fictive a fait naître une obligation tout à fait distincte de celle qui a été éteinte par le paiement.

Il n'y a donc pas véritablement novation, mais seulement substitution d'une obligation nouvelle à une obligation qui a complètement disparu. Il n'y a pas plus novation que quand nous avons transformé un dépôt en un prêt : dans un cas comme dans l'autre il y a deux actes séparés et indépendants. Qu'importe que ces deux actes aient été faits le même jour et au même instant ; c'est là une simple circonstance de fait qui ne saurait avoir aucune influence juridique. En droit ils restent aussi distincts que s'ils s'étaient accomplis à des moments différents ; c'est la fiction de paiement qui emporte l'effet extinctif, et par elle-même elle n'implique pas la fiction d'un prêt.

Ces deux actes, il est vrai, ne sont pas seulement unis en fait, mais encore dans l'intention des parties. Il y a, à ce point de vue, un lien intime entre l'un et l'autre. Je n'ai entendu me départir de mon ancien droit que pour le remplacer par un droit nouveau. De votre côté, vous n'avez consenti à être obligé par l'*expensilatio* qu'à la condition d'être complètement libéré de la première dette. Nous admettons sans doute que telle a pu être l'intention des parties ; mais la question reste toujours de savoir si cette intention suffit pour que deux actes distincts ne forment plus qu'un seul tout juridique. Si l'on se place sur le terrain du pur droit naturel, on peut prétendre que ces deux actes ne doivent pas être considérés séparément l'un de l'autre. Mais cette prétention nous paraît, au contraire, insoutenable dans le domaine d'une loi formaliste comme la loi romaine. Il ne suffit pas d'un simple lien intellectuel pour unir deux actes, il faut encore qu'ils forment un seul tout indécomposable, une seule opération juridique. Il faut que la même formule puisse du même coup éteindre l'obligation primitive et la transformer en une obligation nouvelle.

Il est vrai encore que les deux numérations que suppose la *transcriptio* n'ont pas réellement été faites ; mais comment cette circonstance pourrait-elle en modifier les effets ordinaires ? Pour que vous soyez obligé envers moi comme emprunteur, il faut

bien supposer que je vous ai réellement prêté la somme. Pour que je vous l'aie prêtée, il faut bien supposer que vous me l'avez vous-même versée entre les mains. Sans doute, ces deux traditions n'ont pas été faites en réalité ; mais pourquoi ? Parce que c'eût été faire un circuit inutile ; parce qu'il eût été puéril de me faire payer une somme que je devais ensuite verser entre vos mains. On ne voit pas dès lors pourquoi ces deux actes ne produiraient pas les mêmes effets que s'ils étaient réellement accomplis. La fiction doit imiter la réalité. En droit, vous êtes dans la même situation que si vous m'aviez payé et que je vous aie ensuite réellement prêté la somme que vous êtes réputé avoir reçue.

Pour résumer en quelques mots tout ce qui précède, nous dirons : La novation constitue un acte simple et indécomposable. Au contraire, la *transcriptio* est la réunion de deux actes qui, pour être unis en fait et dans l'intention des parties, n'en constituent pas moins en droit deux actes distincts et indépendants.

234. — De cette différence théorique découlent des différences pratiques importantes à signaler entre la *stipulatio debiti* et le contrat *litteris*. Si vous me devez mille sesterces en vertu d'une vente, et que j'inscrive cette somme sur mon *codex* comme vous l'ayant prêtée, votre obligation, comme acheteur, se trouve éteinte et remplacée par une autre obligation née de l'*expensilatio*. Si, au lieu de me payer ce que vous me devez, vous m'avez délégué votre débiteur, et que j'inscrive sur mon *codex* la somme que vous me deviez comme lui ayant été prêtée, votre obligation est éteinte et votre débiteur se trouve obligé envers moi à votre place. Dans tous les cas, il y a extinction d'une première obligation, parce que dans tous les cas le premier débiteur est réputé s'être acquitté de sa dette. Il y a paiement fictif qui entraîne comme conséquence l'extinction d'une première obligation.

Au contraire, si j'ai stipulé de vous ce que vous me deviez à titre de vente, ou si j'ai stipulé de votre débiteur ce que vous me deviez, il pourra sans doute y avoir extinction de votre obliga-

tion et de l'action née du contrat de vente; mais pour que je perde mon ancienne action, il faudra, du moins dans le droit d'Ulpian, que telle ait été notre intention. Il se peut que je n'aie pas eu l'intention de nover. Dans ce cas, la *stipulatio debiti* aura pour résultat de me donner une nouvelle action à côté de l'ancienne; au lieu d'un seul débiteur, j'en aurai désormais deux qui seront tenus de la même dette. La première obligation disparaît donc par l'effet de la *transcriptio*; elle peut, au contraire, subsister malgré la *stipulatio debiti*.

Si nous considérons maintenant la nouvelle obligation, nous apercevons également une différence entre la *stipulatio debiti* et le contrat *litteris*. La *transcriptio*, avons-nous dit, suppose un paiement fictif et un prêt également fictif. Cette dernière fiction suppose logiquement la première : je ne peux vous verser à titre de prêt la somme que vous me devez, qu'à la condition de l'avoir reçue tout d'abord de vous à titre de paiement. En inscrivant sur mon *codex*, à la colonne des *accepta*, la somme que vous me deviez, j'ai considéré comme effectué un paiement qui ne l'a pas été réellement. La fiction, nous l'avons dit, doit imiter la réalité; votre obligation se trouve éteinte comme si vous m'aviez réellement versé la somme due. Il en résulte que l'obligation née du prêt fictif constitue une obligation tout à fait nouvelle, qui ne saurait par conséquent emprunter les qualités ni être affectée des vices de la première obligation. En d'autres termes, la première dette a complètement disparu, et la seconde constitue en droit une obligation complètement nouvelle.

Au contraire, la *stipulatio debiti* a bien moins pour effet d'anéantir une première dette que de la transformer en une obligation nouvelle. Sans doute, les parties peuvent faire subir des modifications à la première dette, en la faisant passer dans la formule de la stipulation; mais elles peuvent aussi ne changer que la forme, en laissant subsister dans la seconde obligation les qualités et les vices qui étaient attachés à la première. Si, par exemple, Primus, mon débiteur, au lieu de me payer, m'édélègue

son propre débiteur, Secundus, et que je stipule de ce dernier ce qu'il doit à Primus, il y a novation par changement de créancier. La créance de Primus a été transportée sur ma tête ; je suis mis en son lieu et place et je pourrai notamment me voir opposer des exceptions que Secundus aurait pu opposer à Primus (V. *suprà*, n^{os} 212 et suiv.).

Il en est autrement, si j'ai inscrit la somme due comme m'ayant été payée par Primus, et prêtée ensuite par moi à Secundus. L'obligation du premier a été complètement éteinte, comme si elle avait été payée, et j'ai acquis contre Secundus une créance nouvelle. Il en résulte que Secundus ne pourra se prévaloir des vices dont était affectée la créance qui a été anéantie, et ne pourra m'opposer les exceptions qu'il aurait pu opposer à Primus. En d'autres termes, tandis que la *transcriptio* éteint complètement une première dette pour faire naître une obligation tout à fait nouvelle, la *stipulatio debiti* peut n'opérer qu'une simple transformation d'une dette, qui passe alors dans la formule de la stipulation avec toutes ses qualités et tous ses vices. Ce résultat peut également être atteint par la *litis contestatio* dont nous parlerons plus loin (V. *infra*, n^{os} 244 et suiv.). Et voilà bien pourquoi Gaius, recherchant quels sont les modes de transport, équivalant pour les créances aux modes de transférer la propriété, nous parle de la *stipulatio debiti* et de la *litis contestatio*, et ne dit pas un seul mot de la *transcriptio* (546).

235. — Tels sont les principaux arguments que l'on a fait valoir pour refuser au contrat *litteris* la vertu de nover les créances (547). La question est assurément fort délicate, et il faut bien reconnaître la valeur des motifs allégués par les partisans du premier système. Que ce système doive triompher dans le domaine du pur droit naturel, nous le comprenons facilement. Nous comprenons également un tel raisonnement dans une lé-

(546) G^{aius} II, 38 et 39.

(547) V. dans ce sens, Gide, *op. cit.*, pp. 208 et suiv.

gislation civile comme la nôtre, où les obligations n'ont pas de forme déterminée. Mais il nous paraît moins facile de l'admettre dans une législation formaliste comme la législation romaine, qui a précisé la forme des actes juridiques et a, pour ainsi dire, donné à chacun d'eux une individualité distincte. Nous croyons donc plus conforme au caractère même de la loi romaine de décider que le contrat *litteris* ne constituait pas une forme de novation.

Cette conclusion semble également ressortir d'un examen attentif des Commentaires de Gaius. Ce jurisconsulte sépare, en effet, le contrat *litteris* et la novation, et rien ne fait voir qu'il y ait une relation entre ces deux actes juridiques. Il nous parle du contrat *litteris* et le présente comme un mode de contracter une obligation, mais jamais comme un mode d'opérer novation (548). Sans doute, la *transcriptio* peut, comme la stipulation, éteindre et créer une obligation ; mais la question reste toujours de savoir si, aux yeux de la loi romaine, cette opération constituait une véritable novation. Or, s'il en est ainsi, on peut s'étonner que Gaius ne l'ait pas fait remarquer en parlant de la *transcriptio*. Non-seulement il ne s'explique pas sur ce point, mais il ne prononce même pas le mot de novation. Au contraire, quand il nous présente la *stipulatio debiti* comme un mode de transférer les créances équivalant aux modes de transférer la propriété, il ajoute immédiatement : *Quæ dicitur novatio obligationis* (549). Plus loin Gaius s'occupe de la novation, et là encore il ne dit pas un mot du contrat *litteris* (550).

On objectera peut-être que le jurisconsulte ne présente pas une théorie complète de la novation. Soit ! Nous admettons que Gaius, dans les explications qu'il donne, s'occupe spécialement de la stipulation ; mais ce que nous comprenons moins facile-

(548) C. III, 128 à 135.

(549) C. II, 38.

(550) C. III, 176 à 180.

ment, c'est que le nom du contrat *litteris* ne soit pas même prononcé et qu'il n'y soit pas même fait allusion, alors que la *transcriptio* aurait constitué un mode important d'opérer novation, présentant même sur la stipulation, comme nous l'avons vu, des avantages pratiques considérables.

Il est vrai que Gaius parle de délégation à propos du contrat *litteris* (551), et ce rapprochement pourrait faire voir dans la *transcriptio* un véritable mode d'opérer novation. Sans doute il en serait ainsi, si la délégation ne constituait qu'une espèce particulière de novation ; mais nous avons vu, au contraire, qu'il y a là deux actes juridiques tout à fait distincts (V. *suprà*, n^{os} 186 et suiv.). Il peut y avoir novation dans la délégation qui s'opère par le contrat *verbis* ; mais il peut aussi y avoir délégation sans novation, de même qu'il peut y avoir novation sans délégation. Ces deux actes appartiennent, en effet, à deux classes d'actes parfaitement distinctes. La novation constitue un de ces actes qui consistent dans une forme déterminée par la loi, abstraction faite de leur contenu et du but dans lequel ils ont été employés. Au contraire, la délégation est un acte qui se caractérise, non plus d'après sa forme, mais d'après le fond et le but que les parties ont voulu atteindre. Quant à sa forme elle n'est pas déterminée : elle peut s'opérer notamment par la *litis contestatio* (552) ou par la *transcriptio* (553) ; mais elle ne constitue plus alors une véritable novation, bien qu'elle puisse produire parfois des résultats analogues à ceux de la novation proprement dite, c'est-à-dire de la délégation opérée par la *stipulatio debiti*.

L'*expensilatio*, qui fut d'un usage universel jusque dans les derniers temps de la République, perdit peu à peu de son importance, et la question que nous venons d'examiner ne peut même

(551) C. III, 130.

(552) Gaius, II, 39. — Ulpien, l. 11, § 1^{er}, *h. tit.*

(553) Gaius, III, 130.

plus se poser sous Justinien ; car à cette époque le contrat *litteris* était tombé en désuétude. *Olim scripturâ fiebat obligatio quæ nominibus fieri dicebatur, quæ nomina hodie non sunt in usu* (554).

236. — En cherchant à établir que la *transcriptio* n'était pas une forme de novation, nous avons par là même établi que la novation ne pouvait résulter du contrat *litteris*. On peut toutefois se demander s'il n'y avait pas à Rome d'autres contrats *litteris* que celui dont nous venons de parler. Après s'être occupé du *nomen transcriptitium*, Gaius (555) nous signale encore deux sortes d'écrits qui, à l'égard des pérégrins, semblaient produire une obligation *litteris*. Ces écrits sont les *syngraphæ* et les *chirographa* : les premiers étaient signés des deux parties et rédigés en double, tandis que les autres portaient seulement la signature du débiteur et restaient entre les mains du créancier. D'autre part, Justinien nous apprend que de son temps encore on pouvait s'obliger par l'écriture (556). De ces différents textes il semble que l'on doive conclure qu'au temps de Gaius ces écrits constituaient pour les pérégrins un mode de s'obliger par l'écriture, et que sous Justinien ils avaient pris pour les Romains eux-mêmes la place de l'ancien contrat *litteris*.

Nous ne pouvons entrer ici dans l'examen de ces différentes questions qui trouveraient leur place dans une étude sur le contrat *litteris*. Disons seulement qu'à notre avis, les écrits dont nous parle Gaius n'étaient pas destinés à engendrer des obligations, mais constituaient de simples moyens de preuve (557). Il est vrai que Justinien nous apprend que l'on peut encore de son temps s'obliger par l'écriture ; mais il n'y a pas là une véritable obligation *litteris*. Si quelqu'un a déclaré par écrit devoir une

(554) *Inst.*, III, 21, pr.

(555) C. III, 134.

(556) *Inst.*, III, 13, § 2 ; III, 21, pr.

(557) V. dans ce sens, Gide, *op. cit.*, pp. 217 et suiv.

somme qui ne lui a pas en réalité été comptée, il peut, quand il est poursuivi, opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ* (558), et c'est au créancier à établir la numération par des preuves indépendantes de l'écrit. Après un certain délai, la présomption de non numération s'efface, pour faire place à une présomption inverse qui exclut la preuve contraire (559). Désormais l'écrit suffit à prouver la numération d'une manière invincible. Il ne faut pas toutefois confondre la force probante de l'écrit, et l'écrit considéré comme cause de l'obligation. L'expiration du délai n'agit que sur la preuve et non sur la cause du droit. Le débiteur se trouve sans doute obligé par suite de l'écrit qu'il a signé, et en ce sens il est vrai de dire qu'il y a obligation *litteris* ; mais la véritable cause de l'obligation n'est pas dans l'écriture elle-même ; elle est dans le prêt qui se trouve légalement présumé, alors même qu'il n'existerait pas en fait.

Nous concluons donc que la stipulation seule avait la puissance de nover les créances. Ni les simples pactes, ni les contrats réels, consensuels ou innommés, ni le contrat *litteris* lui-même, ne constituaient et ne pouvaient constituer une véritable novation, c'est-à-dire opérer la transformation d'une obligation ancienne en une obligation nouvelle.

§ 4. — *Dotis dictio*.

237. — La stipulation était sans doute le principal mode de contracter *verbis* ; mais elle n'était cependant pas le seul. Il y avait notamment, à côté d'elle, la *dotis dictio* qui différait de la stipulation tout à la fois par sa forme et sa fonction.

Dans le droit classique, la dot pouvait se constituer de trois manières différentes : *dos, aut datur, aut dicitur, aut promitti-*

(558) V. sur l'exception *non numeratæ pecuniæ*, Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, pp. 387 et suiv.

(559) *Inst.*, III, 21, pr.

tur (560). La *dotis dictio*, comme son nom même l'indique, était une forme particulière du contrat *verbis*, spéciale à la constitution de dot. Le constituant prononçait des paroles solennelles qui étaient peut-être les suivantes : *Centum tibi doti erunt; fundus ille tibi doti erit* (561). Toute personne pouvait donner ou promettre par stipulation à titre de dot. Au contraire, la *dotis dictio* était un procédé réservé à certaines personnes. *Dotem dicere potest mulier quæ nuptura est, et debitor mulieris, si jussu ejus dicat; item parens mulieris virilis sexus, per virilem sexum cognatione junctus, velut pater, avus paternus. Dare promittere dotem omnes possunt* (562). Sous les empereurs Théodose et Valentinien, le simple pacte de constitution de dot devint obligatoire (563); aussi la *dotis dictio* finit-elle par tomber en désuétude, et, dans le dernier état du droit, la dot se constituait par dation, par promesse ou par simple pacte.

Supposons qu'une femme, au lieu de se constituer elle-même une dot, charge son débiteur de promettre au mari par *dictio* ce qu'il lui doit. Il y a alors délégation : la femme joue le rôle de déléguant, le mari celui du déléataire, et le débiteur celui de délégué. Désormais le débiteur se trouve obligé envers le mari au lieu de l'être envers la femme. Y a-t-il dans cette délégation une véritable novation par changement de créancier. L'insuffisance des documents sur cette forme de contrat verbal nous réduit à de simples conjectures. Toutefois, nous pensons que la novation pouvait s'opérer par la *dotis dictio*, aussi bien que par la stipulation. La première, comme la seconde, pouvait, par un acte unique et dans une seule formule, éteindre une obligation et en créer une nouvelle. Vénuléius nous offre un exemple d'une

(560) Ulpien, *Frag.*, tit. 6, § 1^{er}.

(561) Paul, l. 25; Julien, l. 44, § 1^{er}, l. 46, § 1^{er}; Marcellus, l. 59, pr., *De jure dot.*, XXIII, 3.

(562) Ulpien, *Frag.*, tit. 6, § 2.

(563) L. 6, C., *De dot. promis.*, V, 11.

telle délégation, dans la loi 31, § 1^{er}, à notre titre (564), où il suppose qu'une femme, voulant se constituer une dot, fait promettre par son débiteur à son mari un fonds dont elle est créancière avec un tiers. Dans ce texte, comme dans un certain nombre d'autres, les rédacteurs du Digeste ont, sans aucun doute, substitué le mot *promittere* au mot *dicere*. Cette substitution apparaît avec plus d'évidence encore dans ce texte. En effet, le jurisconsulte suppose d'abord que l'un des *rei stipulandi* libère le débiteur de l'obligation corréale en le déléguant à son propre créancier. Il suppose ensuite que ce créancier est une femme qui délègue le débiteur à son mari à titre de dot. Mais, pour que cet exemple se distingue du premier, il faut supposer que la novation s'est opérée par *dotis dictio*, sans quoi nous aurions dans les deux cas une délégation opérée par stipulation. Ce qui confirme encore cette manière de voir, c'est que Vénuléus prévoit ensuite l'hypothèse où ce débiteur ne serait autre que le futur mari. Or, dans ce cas, si la dot était constituée par promesse, il en résulterait, au moins dans la plupart des cas, que le mari stipulerait sa propre chose et ferait un acte nul.

La promesse de dot est naturellement soumise à la condition : *si nuptiæ sequantur* (565). Aussi pouvait-on se demander quels étaient les droits de la femme avant le mariage, lorsqu'elle avait délégué son débiteur au futur mari à titre de dot. Labéon (566) pensait qu'elle pouvait toujours avant le mariage poursuivre le débiteur, qui ne pouvait plus désormais se trouver obligé envers le mari. Javolénus (567), au contraire, pensait que cette doctrine était erronée, et son opinion était plus conforme à l'équité et à l'intention même des parties. En effet, tant que la condition est en suspens, on ne sait pas encore si le débiteur sera tenu envers

(564) V. sur cette loi., Pellat, *Textes sur la dot*, pp. 395 et suiv.

(565) Ulpien, l. 21, *De jure dot.*, XXIII, 3.

(566) Javolénus, l. 80, *eod. tit.*

(567) L. 80, *eod. tit.*

le mari ou restera obligé envers la femme, *quia ea promissio in pendentis esset, donec obligatio in eâ causâ est*. Jusque là toute action doit être suspendue. Selon que la condition fera défaut ou viendra à se réaliser, la femme conservera son droit, ou le mari deviendra créancier à sa place.

Si la personne déléguée par la femme ne lui devait rien en réalité, elle n'en sera pas moins obligée envers le mari (568), pourvu que ce soit une de celles qui peuvent employer cette forme de contrat verbal (569).

SECTION II.

Novation nécessaire ou judiciaire.

238. — Autrefois, sous le système des actions de la loi, au moment où les solennités de la *legis actio* venaient de se terminer, les parties recouraient au témoignage des personnes présentes pour constater ce qui s'était passé devant le magistrat. *Testes cstote!* De là les expressions de *contestari litem*, *lis contestata*, *litis contestatio* (570). Sous le système formulaire, la *litis contestatio* perdit le caractère primitif d'où lui était venu son nom. Les parties ne font plus appel à des témoins pour attester ce qui s'est passé devant le magistrat ; mais l'expression ne survécut pas moins à l'usage qui lui avait donné naissance (571). Elle continue de désigner la clôture de la procédure *in jure*, la dernière époque de cette procédure où se faisait jadis l'invocation des témoins. La *litis contestatio* a lieu *cum iudicium accipitur*, au moment où la formule est délivrée par le

(568) Julien, l. 46, § 2, *eod. tit.*

(569) Ulpien, *Frag.*, tit. 6, § 2.

(570) Festus, *V^o Contestari*.

(571) Au lieu de *litem contestari*, on emploie encore d'autres expressions.

V. Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 859, note 2.

magistrat (572). Sous le système de la procédure extraordinaire il n'y a plus à distinguer deux phases dans le procès, le *jus* et le *judicium*. La *litis contestatio* dut donc encore perdre la signification qu'elle avait sous le système précédent. Elle se plaça désormais au moment où l'affaire venait d'être exposée contradictoirement par les parties devant le juge (573).

Sous le système formulaire, les effets de la *litis contestatio* se confondaient donc avec ceux de la délivrance de la formule. Un des plus importants de ces effets était de transformer le droit déduit en justice. Ce résultat lui-même pouvait se décomposer : il impliquait extinction du droit antérieur et création d'un droit nouveau. Or c'était là, nous l'avons vu, l'effet produit par la *stipulatio debiti, novandi causâ*. Il ne faut donc pas s'étonner que la novation se soit naturellement présentée à l'esprit des jurisconsultes romains, alors qu'ils envisageaient la *litis contestatio* à ce point de vue. Il ne faut pas s'étonner qu'ils aient établi un rapprochement entre ces deux modes d'extinction des obligations, et qu'ils aient même quelquefois employé le mot novation pour désigner l'effet produit par la *litis contestatio*. C'est cette comparaison que nous voudrions nous-mêmes établir entre ces deux opérations. Notre but est de faire ressortir clairement ce qu'il peut y avoir de commun dans l'une et l'autre, pour montrer ensuite les différences qui les séparent dans leurs résultats. Mais avant d'entreprendre cette comparaison, il nous faut encore dire quelles conditions devra remplir la *litis contestatio*, pour que nous puissions justement la comparer avec la novation.

Le même droit ne peut servir de cause à deux actions successives. En agissant une fois, le créancier s'interdit d'agir une

(572) V. sur ce point, Accarias, *op. cit.*, t. II, pp. 859 et 860.—Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain* (2^e édit.), t. II, pp. 479 et 488.—Ortolan, *Explication historique des Institutes* (7^e édit.), t. III, p. 589.

(573) L. 1, C., *De lit. contest.*, III, 9. — L. 14, § 1^{er}, C., *De jud.*, III, 1.

seconde fois. Toutefois, l'extinction du droit antérieur s'opère, tantôt *ipso jure*, tantôt *per exceptionem*. Sans entrer ici dans l'examen des motifs qui peuvent justifier ces différentes conditions, nous nous bornerons à constater que la *litis contestatio* n'éteint *ipso jure* le droit déduit *in judicium*, qu'autant : 1° qu'il s'agit d'une action *in personam* ; 2° que la formule est *concepta in jus* ; 3° que le *judicium* est *legitimum*, c'est-à-dire qu'il a lieu dans la ville de Rome ou dans le premier mille de Rome ; qu'il porte institution d'un seul juge, et que toutes les personnes qui y figurent, le juge comme les parties, possèdent le droit de cité romaine. Si l'une de ces trois conditions fait défaut, le *judicium* est *imperio continens* (574). Le défendeur, pour paralyser les effets d'une demande nouvelle, doit donc, dans ce dernier cas, faire inscrire dans la formule l'exception *rei judicatae*, ou *rei in judicium deductae*, lorsque la sentence n'a pas encore été rendue et que l'instance est encore pendante ou déjà périmée (575).

La *litis contestatio* doit se présenter dans les trois conditions dont nous avons parlé, pour qu'on puisse la comparer d'une manière exacte avec la novation. En d'autres termes, il faut qu'elle ait pour effet d'éteindre *ipso jure* le droit déduit en justice, comme le paiement et la novation. C'est alors qu'on peut faire un rapprochement entre la *litis contestatio* et la novation, et se demander ce qu'il peut y avoir de commun entre ces deux modes d'extinction, comme aussi rechercher quelles sont les différences qui les séparent.

239. — Nous disons qu'il y a là deux modes d'extinction des obligations ; mais ne serait-il pas plus exact de dire qu'il n'y en a qu'un seul, et que la *litis contestatio* n'est autre chose qu'une véritable novation ? Beaucoup d'interprètes (575 bis), en

(574) Gaius, III, 180. — IV, 103 à 107.

(575) *Eod.*, IV, 106, 107.

(575 bis) V. notamment, Machelard, *Des obligations naturelles en droit romain*, pp. 346 et suiv. — Ortolan, *Explication historique des Institutes*

effet, n'ont pas hésité à y voir une véritable novation, à raison même du double effet que la *litis contestatio* produit relativement au droit litigieux : extinction du droit antérieur et création d'un droit nouveau. Les modernes ont donné à cette novation le nom de novation *nécessaire*, par opposition à la novation ordinaire qui conserve le nom de novation *volontaire*. Elle est nécessaire, car la *litis contestatio* produit ses effets indépendamment de la volonté des parties ; c'est un résultat qui s'impose en l'absence de toute convention positive. On l'appelle aussi novation *judiciaire* ; car l'extinction du droit résulte de l'introduction d'une instance. Enfin on l'a encore qualifiée de novation *cumulative* (576), et cela parce que tout en créant un droit nouveau elle laisse subsister quelque chose de la première obligation.

Est-il donc vrai que la *litis contestatio* ne soit pas un mode d'extinction *sui generis*, et qu'elle ne soit qu'une espèce particulière de novation ? Que les effets produits par la *litis contestatio* diffèrent de ceux produits par la novation, c'est ce que nous montrerons plus loin et ce que reconnaissent ceux-là mêmes qui veulent y voir une véritable novation. Mais ce n'est pas tout, et, à notre avis, il n'est pas exact de qualifier la *litis contestatio* de novation (576 *bis*). Cette manière de voir nous paraît contraire au

(7^e édit.), t. III, p. 387. — Molitor, *Les obligations en droit romain*, t. III, p. 258. — Muhlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 474. — Etienne, *Institutes de Justinien*, t. II, pp. 248, 253 et 254. — Van Vetter, *Droit romain*, t. I, p. 721 ; t. II, p. 520.

(576) La novation *privative* serait la novation proprement dite, c'est-à-dire celle qui éteint la première obligation pour la transformer. La novation *cumulative*, au contraire, modifierait simplement l'obligation, de telle sorte que plusieurs de ses accessoires, tels que les hypothèques, seraient transportés de plein droit à l'obligation nouvelle. V. Muhlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 474.

(576 *bis*) V. dans ce sens, Maynz, *Cours de droit romain*, t. II, § 378, p. 539. — Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 870. — Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, t. II, p. 435.

langage habituel des jurisconsultes romains. De plus, nous essayerons de montrer qu'il n'était pas possible, en effet, de confondre dans une seule et même dénomination la novation et l'extinction qui résulte de la *litis contestatio*.

Nous disons d'abord que ce langage n'était pas celui des Romains eux-mêmes. On a surtout attribué à la *litis contestatio* le nom de novation *nécessaire*. Remarquons que c'est là une expression moderne qui, considérée en elle-même, nous paraît ou inexacte ou insuffisante pour distinguer cette novation particulière de la novation en général. Inexacte, si l'on admet d'une manière absolue que l'intention était une condition indispensable de la novation, que l'*animus* était, comme on l'a dit, l'âme de la novation. Il y a alors quelque chose de défectueux et même de contradictoire dans ces mots : novation *nécessaire*, puisque c'est supposer tout à la fois la volonté libre des parties et la nécessité qui s'impose. Cette expression devient exacte sans doute, mais alors tout à fait insuffisante, du moins pour une certaine époque, si l'on admet qu'au temps de Gaius il y avait une formule déterminée qui emportait toujours novation, alors même qu'elle avait été employée imprudemment sans aucune intention de nover (V. *suprà*, n^{es} 69 et suiv.).

Quoi qu'il en soit de l'exactitude de cette expression moderne, nous croyons que ce serait réformer le langage ordinaire des jurisconsultes romains, que de donner arbitrairement au mot novation un sens qu'ils n'ont pas entendu lui donner. Gaius, s'occupant des différents modes d'extinction des obligations, nous apprend que les obligations s'éteignent par novation (577) ; puis il ajoute qu'elles s'éteignent encore par la *litis contestatio*. *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione* (578). La novation et la *litis contestatio* n'étaient donc pas une seule et même chose. Gaius voyait, au contraire, dans cette dernière un mode

(577) C. III, 176.

(578) C. III, 180.

d'extinction particulier se rapprochant sans doute du premier, mais distinct de la novation par son nom, comme par sa cause et ses effets. La suite des idées exprimées dans le commentaire implique donc clairement que son auteur réservait le nom de novation à la transformation de l'obligation par voie de stipulation.

Cette opposition entre l'un et l'autre de ces modes d'extinction se retrouve également dans des textes qui appartiennent à d'autres jurisconsultes. Voici notamment comment s'exprime Paul, dans la loi 22, livre XXVI, titre 7, *De administ. et periculo tutorum* : *Tutor ad utilitatem pupilli, et novare, et rem in judicium deducere potest*. N'est-ce pas dire sous une autre forme que la *litis contestatio* ne se confond pas avec la novation proprement dite ? Ecoutez également le langage d'Ulpien (579) : *Sed et si novaverit, vel in judicium deduxerit actionem, præstare debebit hanc ipsam actionem quam nactus est*. Le jurisconsulte parle des actions que l'héritier doit céder à l'acheteur de l'hérédité ; et il évite d'employer le mot de novation pour désigner les effets produits par la *litis contestatio*. Cette opposition apparaît encore dans un autre texte du même jurisconsulte : *Solutum non videtur, si lis contestata cum debitore sit de ipso debito novata autem debiti obligatio* (580).

Remarquons encore la manière dont s'exprime Vénuléius (581). Il se demande si l'un des *correi stipulandi* a le pouvoir de faire novation. Il répond affirmativement, et en faveur de cette doctrine il fait notamment valoir cette considération : *Fere convenit et uni recte solvi, et unum judicium petentem totam rem in litem deducere*. Si la *litis contestatio* constituait une véritable novation, n'était-ce pas le cas de lui attribuer cette

(579) L. 2, § 8, *De hered. vel act. vend.*, XVIII, 4.

(580) L. 11, pr. et § 1^{er} compar., *De pignorat. act.*, XIII, 7.

(581) L. 31, § 1^{er}, *h. tit.*

qualification dans l'hypothèse dont il s'agit, et de dire : Un seul des créanciers peut éteindre la créance à l'égard des autres par la novation nécessaire ; pourquoi ne pourrait-il pas le faire également par la novation volontaire ? Au lieu d'employer cette expression, le jurisconsulte se croit obligé de recourir à une longue périphrase, sans aucun doute par ce motif que l'expression de novation ne pouvait juridiquement être employée pour désigner l'extinction opérée par la *litis contestatio*.

Ces exemples suffisent, croyons-nous, pour montrer que dans le langage des jurisconsultes romains la *litis contestatio* ne constituait pas une véritable novation, puisque nous les voyons toujours éviter avec soin de prendre cette expression quand ils parlent des effets de la *litis contestatio* comparés à ceux de la novation proprement dite.

Ajoutons que cette différence dans les mots peut se justifier à différents points de vue. D'abord, comme nous le verrons, la novation pouvait produire des effets bien plus absolus que la *litis contestatio*. Mais, laissant de côté cette considération sur laquelle nous reviendrons en détail, nous croyons qu'il y a d'autres raisons pour lesquelles on ne devait pas confondre sous une seule et même dénomination la novation et la *litis contestatio*. Sans doute, lorsqu'un droit faisait l'objet d'une stipulation *novandi causâ*, comme aussi lorsqu'il était déduit *in judicium*, il se trouvait éteint et remplacé par un droit nouveau. Mais comment s'opérait cette extinction ? A quelles conditions un droit nouveau prenait-il naissance ? Quelle relation y avait-il entre l'extinction du droit ancien et la création du droit nouveau ? A ces différents points de vue, il nous semble qu'il y avait quelques différences entre ces deux modes d'extinction, différences qui, pour être un peu subtiles, n'en constituent pas moins des différences réelles.

On comprend tout d'abord quel'on ait réservé le nom de novation au cas où l'extinction du droit s'opère directement par la transformation d'une obligation en une obligation nouvelle,

et qu'on l'ait au contraire refusé à celui où elle a lieu comme conséquence de la *litis contestatio*, par suite de la maxime: *Bis de eâdem re agi non potest*. De plus, dans la *litis contestatio* la naissance du droit nouveau est la conséquence de l'extinction d'une dette ancienne. Le débiteur devait être condamné et poursuivi en vertu de la sentence, parce qu'il était réellement tenu d'une obligation antérieure qui était transformée par l'effet de la *litis contestatio*. Au contraire, dans la novation l'extinction du droit ancien avait pour condition la création d'une nouvelle obligation et était la conséquence de la naissance du droit nouveau. Il en résulte que la stipulation *novandi causâ* pouvait produire ce dernier effet, alors même que la conséquence ne pouvait se produire elle-même. En d'autres termes, la stipulation avait assez de puissance pour faire naître une obligation nouvelle, alors même qu'aucune obligation ne se trouvait éteinte parce qu'il n'en existait aucune (V. *suprà*, n^{os} 12 à 15.).

Il y avait d'ailleurs, à notre avis, un autre motif qui empêchait toute confusion entre la novation et la *litis contestatio*. Nous avons vu, en effet, que la novation ne pouvait se faire par changement d'objet, et que ce qui devait être déduit dans la stipulation *novandi causâ*, c'était l'objet même de la première obligation (582). Dès lors, il était impossible de poser en principe que la *litis contestatio* constituait une véritable novation ; car elle entraînait, ou du moins pouvait entraîner bien souvent un changement dans l'objet de l'obligation qui avait donné lieu au procès.

Toutes ces considérations nous paraissent assez fortes pour justifier le principe que nous avons posé, à savoir que la *litis contestatio* n'était pas une véritable novation, mais bien un mode d'extinction *sui generis*.

(582) Nous avons vu que l'on admit plus tard la possibilité de nover en stipulant la valeur de la chose, au lieu de la chose elle-même. V. *suprà*, n^{os} 61 et suiv.

240. — On a cependant invoqué plusieurs textes pour établir l'exactitude de la doctrine qui voit une véritable novation dans l'extinction que le droit romain faisait découler de la *deductio in iudicium*. Paul, dans la loi 29, à notre titre, met en parallèle le *iudicium acceptum* avec la novation qu'il appelle *voluntaria*. Il faut en conclure, dit-on, qu'il voyait dans la *litis contestatio* une novation qui n'était pas volontaire. Il serait, en effet, inutile de parler d'une novation *volontaire*, si elle ne pouvait avoir que ce caractère (583).

Il ressort sans doute de ce texte qu'il y a analogie entre la novation et la *litis contestatio*, puisque Paul établit entre elles un parallèle ; mais le jurisconsulte indique une comparaison et rien de plus. Loin de confondre ces deux actes, Paul s'efforce, au contraire, de faire ressortir la différence des résultats produits par l'un et l'autre de ces modes d'extinction. Il emploie sans doute l'expression de *novatio voluntaria* ; mais faut-il en conclure qu'il entendait qualifier le *iudicium acceptum* de *novatio necessaria* ? A notre avis, cette conclusion serait forcée. Non-seulement le jurisconsulte n'a pas employé cette expression, qu'on veut lire dans sa pensée, mais nous croyons encore qu'il n'entendait pas attribuer cette qualification à l'effet produit par la *litis contestatio*. En parlant de novation *volontaire*, le jurisconsulte n'a pas voulu prendre ce mot dans un sens technique, par opposition à novation *nécessaire*. C'est bien plutôt comme simple explicatif que cette épithète a été ajoutée au mot novation, dans le but de faire ressortir la différence qui existe sur ce point entre la novation véritable et la *litis contestatio*, qui produit son effet indépendamment de la volonté des parties.

On a aussi invoqué la loi 1^{re} à notre titre. Suivant la définition d'Ulpien, la novation s'opère quand il y a transformation d'une dette ancienne en une obligation nouvelle, la première

(583) Machelard, *Des obligations naturelles en droit romain*, p. 349.

disparaissant pour faire place à la seconde. Or, cette définition ne peut-elle pas s'appliquer à la *litis contestatio* (584) ?

Nous ne prétendons pas méconnaître ce qu'il y a de vrai dans cette observation ; mais la question reste toujours de savoir si la *litis contestatio* constitue une véritable novation, quelle que soit d'ailleurs l'analogie qu'elle puisse présenter avec la novation. Or, les considérations que nous avons fait valoir conservent toute leur force. Nous le répétons, dans le langage des jurisconsultes romains, l'expression de novation était réservée pour le cas où la novation se faisait par stipulation.

Le même jurisconsulte, peut-on encore objecter (585), nous dit que la délégation peut se faire par stipulation ou par *litis contestatio*, ce qui laisse bien entendre qu'il y a identité dans le résultat, et que si l'un des procédés produit incontestablement une novation, il doit en être de même pour l'autre. *Fit autem delegatio, vel per stipulationem, vel per litis contestationem* (586).

Ulpien établit sans doute un rapprochement entre la novation et la *litis contestatio* ; mais ici encore la conséquence qu'on veut en tirer nous paraît exagérée. Un débiteur veut se libérer envers son créancier en lui déléguant son propre débiteur ; comment pourra-t-il atteindre ce résultat ? Si le débiteur délégué y consent, le nouveau créancier n'aura qu'à stipuler de lui ce qu'il devait au déléguant ; il y aura alors transport de créance par novation. Si, au contraire, on se trouve en présence d'un débiteur récalcitrant, le déléguant constituera son créancier *procurator in rem suam*. Par l'effet de la *litis contestatio*, la créance se trouvera transportée sur la tête du délégataire, comme s'il avait stipulé du délégué : il y aura quasi-novation, un acte du même genre que la novation ; mais il n'y aura pas une novation

(584) *Eod., op. cit.*, p. 348.

(585) *Eod., op. cit.*, p. 347, note 1.

(586) L. 11, § 1^{er}, *h. tit.*

véritable dans le sens juridique de ce mot. *Genere novationis translata est obligatio* (587).

241. — Ces différents textes ne suffisent donc pas pour porter atteinte à la distinction que nous avons établie entre la novation et la *litis contestatio*. Telle fut certainement la pure et primitive doctrine des Romains. Toutefois, il est certain qu'il y avait une tendance à rapprocher la novation et la *litis contestatio*. Cette tendance est suffisamment manifestée dans plusieurs des textes que nous avons précédemment cités ; elle se justifie d'ailleurs par l'analogie qui existait entre ces deux actes. On peut même se demander si l'on ne finit pas par se servir de l'expression novation pour désigner tout à la fois, et la novation dans le sens ordinaire et primitif du mot, et l'extinction résultant du *judicium acceptum*. C'est, en effet, ce qui semble résulter d'un texte de Papinien où il est dit : *Incohatis litibus actiones novavit* (588), ce qui signifie que la *litis contestatio* était une forme de novation. Cette confusion sous une même dénomination de la *litis contestatio* et de la novation ne doit pas étonner, si l'on considère, comme nous allons le faire, l'analogie qui existait entre l'un et l'autre de ces deux modes d'extinction. Cette confusion doit encore moins nous surprendre, pour peu que nous nous rappelions que tout en maintenant le principe de l'*idem debitum* dans la novation, on avait fini par se contenter de l'identité d'objet juridique (V. *suprà*, n^{os} 61 et suiv.). Par là disparaissait une différence importante que nous avons signalée entre la novation et la *litis contestatio*. Or, Papinien, l'auteur même du texte que nous venons de citer, fut précisément l'un des premiers à apporter ce tempérament à la rigueur primitive de la doctrine qui exigeait l'identité d'objet dans la stipulation *novandi causâ*. Désormais la novation pouvait résulter d'une stipulation ayant pour objet, non pas la chose due elle-même, mais sa valeur,

(587) Scævola, l. 60, *De fidejus.*, XLVI, 1.

(588) *Frag. Vat.*, § 263.

l'estimation pécuniaire que le créancier aurait pu obtenir à défaut d'exécution volontaire. A partir de cette époque, on comprend que l'on ait pu assez logiquement, sinon assimiler sous tous les rapports, du moins confondre dans une seule et même expression la novation et la *litis contestatio*.

242. — Après avoir présenté ces observations et discuté cette question beaucoup plus théorique que pratique, nous pouvons maintenant aborder la comparaison que nous avons annoncée entre la *litis contestatio* et la novation proprement dite.

L'analogie entre ces deux actes nous apparaît frappante, tant au point de vue du formalisme romain que de l'effet principal produit par l'un et par l'autre. Lorsqu'il s'agissait d'une action *in personam*, d'une formule *concepta in jus* et d'un *judicium legitimum*, la *litis contestatio* enlevait *ipso jure* au créancier le droit de renouveler son action. Elle éteignait *ipso jure* l'obligation qui servait de base à l'action. C'est ce que nous dit Gaius (589), qui emploie la même expression pour désigner l'effet produit par la novation et par la *litis contestatio*. *Tollitur obligatio litis contestatione....., tunc obligatio quidem principalis dissolvitur*. La *litis contestatio* opère donc une véritable extinction, comme le paiement et la novation. C'est ce que montre aussi clairement un texte de Pomponius (590), qui place sur la même ligne le paiement et la *litis contestatio*. Le débiteur peut être libéré à son insu et même malgré lui, quand un tiers paie sa dette ou se porte défendeur en justice à sa place. *Solutione vel judicium pro nobis accipiendo, et inviti et ignorantes liberari possumus*. Paul (591) nous signale une différence entre la novation et le *judicium acceptum*. Si le jurisconsulte prend la peine de signaler une différence, c'est qu'il y avait un effet commun, lequel n'était autre que l'extinction de l'obligation primitive.

(589) C. III, 180.

(590) L. 23, *De solut.*, XLVI, 3.

(591) L. 29, *h. tit.*

La *litis contestatio*, comme la novation, donne naissance à un droit nouveau, c'est ce que constate encore Gaius. *Incipit autem reus teneri ex litis contestatione* (592). Le débiteur était tenu d'exécuter son obligation, *ante litem contestatam dare debitorem oportere*. Par l'effet de la *litis contestatio* il est tenu de subir la condamnation qui sera prononcée contre lui; *post litem contestatam condemnari oportere*. Cette dernière obligation tombe elle-même devant une nouvelle cause d'obligation qui résulte de la sentence. Désormais le débiteur est tenu d'exécuter la condamnation qui a été prononcée contre lui. *Sed si condemnatus sit, sublatâ litis contestatione, incipit ex causâ judicati teneri..... Post condemnationem judicatum facere oportere*.

La *litis contestatio* produit donc les mêmes effets que la novation. Il y a tout à la fois extinction d'une obligation antérieure et création d'un droit nouveau. Cette analogie justifie suffisamment la tendance que nous avons signalée chez les jurisconsultes romains, à rapprocher et même à confondre sous une même dénomination ces deux modes d'extinction des obligations.

243. — Il y a changement dans la cause de l'obligation. Le débiteur était tenu, par exemple, en vertu d'une stipulation; il se trouve ensuite obligé en vertu de la *litis contestatio* et de la sentence qui l'a condamné. Il pouvait y avoir identité d'objet quand le débiteur devait une somme d'argent et qu'il était condamné à payer cette somme. Toutefois, le débiteur n'était pas nécessairement condamné *in solidum*, c'est ce qui arrivait notamment quand il jouissait contre le créancier du bénéfice de compétence (593), ou quand le père ou le maître était poursuivi par l'action *de peculio* ou *de in rem verso*. Il peut même y

(592) C. III, 180.

(593) V. sur le bénéfice de compétence, Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, pp. 1253 et suiv.

avoir un changement complet dans l'objet matériel, quand la dette portait, par exemple, sur un corps certain, ou qu'il y avait obligation de faire. Dans tous les cas, la condamnation portait, non pas sur l'objet même de l'obligation, mais sur une somme d'argent (594).

Il peut y avoir aussi changement dans la personne du créancier ou du débiteur. La loi romaine n'admettait pas la représentation dans les actes juridiques. Aussi, voit-on que dans l'ancienne procédure, nul ne pouvait plaider par procureur. *Cum olim alterius nomine agere non liceret* (595). On parvint cependant à concilier les besoins de la pratique avec les exigences de la loi. On transférait l'action au mandataire pour lui permettre d'agir en son propre nom, sauf à reporter ensuite les effets de la sentence au profit ou à la charge du mandant. L'*intentio* était alors rédigée au nom du mandant et la *condemnatio* au nom du mandataire (596). Ce procédé pouvait être employé, non-seulement dans le but d'éluder la règle étroite et gênante qui ne permettait pas d'agir pour autrui, mais encore dans le but d'opérer définitivement un transport de créance. Le mandataire devenait alors un véritable cessionnaire qui agissait, non-seulement en son propre nom, mais encore pour son propre compte. C'était un *procurator* ou *cognitor in rem suam*.

Je veux que vous deveniez créancier à ma place; comment pourrais-je atteindre ce résultat? Je pourrai sans doute recourir au procédé de la stipulation; je peux dire au cessionnaire: Stipulez de mon débiteur ce qu'il me doit, et au débiteur: Promettez à mon cessionnaire ce que vous me devez. La délégation exécutée, je cesse *ipso jure* d'être créancier et le cessionnaire le devient immédiatement. Mais ce procédé, à la différence de la

(594) Gaius, IV, 48.

(595) Ulpien, l. 123, *De regul. jur.*, l. 17. — Gaius, IV, 82. — *Inst.*, IV, 10, pr.

(596) Gaius, IV, 86.

procuratio in rem suam, ne pouvait s'appliquer qu'avec le consentement du débiteur cédé. Le créancier qui voulait transporter sa créance sur la tête d'un tiers, trouvait donc dans cette *procuratio* un moyen de triompher de la résistance d'un débiteur récalcitrant. Par l'effet de la *litis contestatio* le droit déduit en justice appartient au *procurator*. Elle le rend *dominus litis* et opère le transport sur sa tête du droit en litige. *Procurator, lite contestatâ, dominus litis efficitur* (597). Il acquiert la créance avec ses qualités, comme avec ses vices, avec ses privilèges, comme avec ses exceptions.

La *procuratio in rem suam* produisait donc des effets analogues à ceux que pouvait produire la novation par changement de créancier (597 bis). *Fit autem delegatio, vel per stipulationem, vel per litis contestationem* (598). Cette analogie apparaît encore dans la formule de ces deux actes. Que le cessionnaire stipule de mon débiteur ou qu'il l'actionne en justice, dans les deux cas il emploie une formule presque identique dans les termes. Supposons que Primus, vendeur, délègue Secundus, débiteur du prix de vente, à Tertius délégataire; ce dernier stipulera en ces termes : *Quidquid ex vendito te Primo dare facere oportet, tantam pecuniam mihi promittisne* (599)? Si, au contraire, Tertius est un *procurator in rem suam* et agit en justice, nous aurons une formule ainsi conçue : *Quidquid paret ex vendito Secundum Primo dare facere oportere, tantam pecuniam Secundum Tertio condemna*.

(597) Macer, l. 4, § 5, *De appellat.*, XLIX, 1. — V. aussi, Nératius, l. 11, pr., *De doli mali et met. except.*, XLIV, 4. — L. 22, l. 23, C., *De procurat.*, II, 13.

(597 bis) Nous avons vu, en effet, que la novation pouvait avoir pour résultat de transférer la créance avec ses privilèges et ses exceptions.

(598) Ulpian, l. 11, § 1^{er}, *h. tit.*

(599) Papinien, l. 27, *h. tit.*

Nous venons de voir que l'effet de la *litis contestatio* pouvait être utilisé dans le but de transférer une créance. Il pouvait aussi opérer un changement de débiteur, quand un tiers se présentait pour défendre à la place de celui qui était obligé. Ici encore, comme dans l'hypothèse précédente, la rédaction de l'*intentio* restait ce qu'elle serait si le représenté agissait lui-même. C'est toujours lui qui est débiteur ; c'est donc lui que l'*intentio* doit désigner comme tel. Mais si la sentence dépend de l'obligation du représenté, c'est à la charge du représentant qu'elle sera prononcée. C'est lui qui sollicite une absolution et qui doit devenir débiteur ; c'est donc son nom qui doit figurer dans la rédaction de la *condemnatio* (600). Par l'effet de la *litis contestatio* il devient partie au procès ; c'est lui qui doit être condamné : il y a changement de débiteur.

Il peut se faire également qu'il y ait tout à la fois changement de débiteur et de créancier, quand les deux parties se font représenter au procès, quand il y a en même temps transfert de créance et de dette.

244. — Envisagée au point de vue de ses résultats, la *litis contestatio*, comme la stipulation *novandi causâ*, a pour effet d'éteindre une obligation et de donner naissance à une obligation nouvelle. Il semble donc qu'il ne manque rien aux effets de la *litis contestatio* pour qu'on puisse y trouver les éléments de la novation, et c'est pourquoi on a voulu y voir une novation véritable. Cette qualification, nous l'avons dit, ne nous paraît pas exacte, du moins dans la doctrine primitive des Romains. Ajoutons que la différence dans les mots se traduit par des différences importantes dans les effets qu'il nous faut maintenant examiner :

Le principe est posé par Paul en ces termes, d'une manière générale (601) :

(600) Gaius, IV, 87.

(601) L. 29, h. tit.

Aliam causam esse novationis voluntarie, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt.

On peut dire que la novation a un effet bien plus absolu que la *litis contestatio*. Elle crée une obligation nouvelle et éteint l'obligation ancienne avec tous ses accessoires (601 *bis*). Il n'y a aucune injustice à ce que l'extinction de l'ancien droit s'opère d'une manière complète : c'est volontairement que le débiteur promet ; c'est aussi volontairement que le créancier stipule du débiteur. C'est donc à lui à peser les conséquences qui doivent résulter de la stipulation. En faisant un acte juridique dont l'effet est d'éteindre son droit primitif, il est présumé accepter à l'avance toutes les conséquences qui doivent juridiquement en découler. Il pourra d'ailleurs, comme nous l'avons vu, pourvu qu'il ne manque pas de précaution, conserver les sûretés qui garantissaient l'exécution de la première obligation (V. *suprà*, n° 88).

Il en est autrement quand il s'agit d'un droit déduit en justice. Il est vrai qu'il y a comme un contrat dans la *litis contestatio* (602), et à ce point de vue on peut la comparer à la novation ; mais il n'y a pas cependant un véritable contrat qui vienne de la volonté libre et spontanée des parties (603). Le débiteur ne peut impunément se soustraire aux poursuites qui sont exercées contre lui. Il n'y a pas non plus volonté libre et spontanée de la part du créancier, qui est bien forcé d'intenter une action en justice contre son débiteur récalcitrant. Il ne fait alors qu'user d'un droit qui lui est donné par la loi, et on ne peut retourner contre lui ce que la loi a établi en sa faveur. Il ne peut se faire qu'il rende sa condition pire alors qu'il se montre vigilant. On ne peut admettre qu'il compromette son droit en

(601 *bis*) Ce n'est pas là une règle absolue ; car nous avons vu que la novation peut n'opérer qu'un simple transfert de créance ou de dette.

(602) Ulpien, l. 3, § 11, *De pecul.*, XV, 1.

(603) Paul, l. 22, *De tut. et rat. distrah.*, XXVII, 3.

réclamant son exécution en justice. Il serait inique de le dépouiller des garanties qui accompagnaient sa créance et dont l'utilité se fait précisément sentir.

Plusieurs textes expriment, en effet, d'une manière formelle, cette idée que l'on ne rend pas sa condition plus mauvaise en exerçant son droit en justice, mais que souvent, au contraire, on la rend meilleure ; *Neque enim deteriorem causam nostram facimus, actionem exercentes, sed meliorem* (604). Ils nous présentent plusieurs avantages que le créancier peut trouver dans les effets de la *litis contestatio*. Désormais, l'action qui n'était que temporaire devient perpétuelle (605). L'action qui était personnelle devient transmissible activement et passivement (606).

245. — Comparons d'abord les effets de la novation et ceux de la *litis contestatio*, au point de vue des sûretés personnelles que présente au créancier l'engagement de plusieurs débiteurs.

La même chose pouvait avoir été promise en même temps pour le tout par plusieurs personnes qui se trouvaient *correi promittendi*. Nous avons vu que la novation faite avec l'un des débiteurs avait pour résultat de détruire l'obligation primitive à l'égard de tous les autres. Si, au lieu de stipuler *novandi causâ* de l'un des *correi*, le créancier exerçait des poursuites contre lui, le résultat était le même et l'obligation des autres disparaissait (607). La corréalité apparaît, en effet, avec deux caractères essentiels : elle implique pluralité de liens principaux, et ces différents liens s'appliquent tous à un seul et même objet. A ce

(604) *Eod.*, l. 29, *h. tit.* — L. 86, l. 87, *De regul. jur.*, l. 17.

(605) Ulpien, l. 9, § 3, *Dig.*, *De jurejur.*, XII, 2. — Paul, l. 8, § 1^{er}, *De fidejus. et nominat.*, XXVII, 7. — L. 29, *h. tit.* — Gaius, l. 139, pr., *De regul. jur.*, l. 17.

(606) Paul, l. 8, § 1^{er}, *De fidejus. et nominat.*, XXVII, 7. — L. 87, l. 164, *De regul. jur.*, l. 17. — Gaius, l. 139, *eod. tit.*

(607) Ulpien, l. 51, § 4, *De evict.*, XXI, 2. — Javolénus, l. 2, *De duob. reis constitut.*, XLV, 2.

dernier point de vue, on peut dire que, quel que soit le nombre des promettants, il ne se forme jamais plus d'une obligation (608). Il en résulte que la force de l'obligation corréale se trouve épuisée à l'égard de tous les promettants ; car la *litis contestatio* rend non recevable une nouvelle action relative au droit déjà déduit en justice. *Bis de eâdem re agi non potest*. La *litis contestatio* donnait sans doute naissance à un droit nouveau ; mais ce droit ne pouvait peser sur ceux qui étaient restés en dehors des poursuites. Le créancier peut choisir celui des débiteurs qu'il veut contraindre au paiement ; mais la qualité de débiteur se fixe désormais, d'une manière exclusive, sur la tête du défendeur. En exerçant son action contre lui, le créancier a épuisé son droit contre tous les autres.

La créance pouvait être garantie par un *adpromissor*, et spécialement par un *fidejussor*. La poursuite exercée contre l'un des obligés, de même que la novation, avait pour effet de libérer les autres. *Electo reo principali fidejussor, vel heres ejus liberatur* (609). Dès que le créancier a obtenu une formule d'action contre l'un des obligés, son droit contre les autres se trouve épuisé jusqu'à concurrence du contenu de la formule. Ce résultat provient de ce que l'unité d'obligation, que différents textes établissent entre les *correi*, se rencontre également entre le *reus* et le *fidejussor*. Il y a pluralité de débiteurs, *fidejussor rei locum obtinet* (610) ; mais le créancier n'a qu'un droit. Il y a unité d'objet, et dès lors il ne peut être déduit en justice à l'égard de l'un sans l'être également à l'égard des autres. En dirigeant ses poursuites contre l'un d'eux, le créancier fixait l'obligation sur sa tête, et son nouveau droit ne pouvait atteindre ceux qui n'avaient pas été parties au procès.

(608) Paul, l. 9, pr., *Dig., De pactis*, II, 14. — Ulpien, l. 3, § 1^{er}, *De duob. reis constitutu.*, XLV, 2.

(609) Paul, *Sent.*, II, 17, § 16. — L. 16, C., *De fidejus.*, VIII, 41.

(610) Ulpien, l. 4, § 1^{er}, *De fidejus.*, XLVI, 1.

Nous ne trouvons donc jusqu'à présent aucune différence entre les effets de la novation et ceux de la *litis contestatio*, relativement à l'obligation du fidéjusseur qui se trouve libéré dans l'un et l'autre cas. Nous verrons cependant que les Romains ne craignaient pas, lorsqu'il s'agissait de la *litis contestatio*, de modifier les effets ordinaires de la novation dans le but de sauvegarder les intérêts du créancier. On peut donc se demander pourquoi ils s'écartaient de ce système équitable et n'accordaient au créancier qu'une seule action contre l'un des débiteurs, quel que fût d'ailleurs le résultat de cette poursuite. La raison ne doit pas, à notre avis, être recherchée en dehors de cette idée que nous avons plusieurs fois exprimée, à savoir qu'il y a identité dans l'objet de l'obligation, et que cet objet une fois déduit en justice doit l'être à l'égard de tous les débiteurs. Cette conséquence, déjà fort rigoureuse quand il s'agit de corréalité, apparaît surtout exorbitante dans son application au fidéjusseur. Elle est, semble-t-il, contraire au caractère même de la fidéjussion, à l'égard de laquelle on disait qu'elle avait pour but, *ut diligentius cautum sit* (611). Elle était par conséquent aussi contraire à l'équité et au but que le créancier s'était efforcé d'atteindre. Dès qu'il avait poursuivi le débiteur principal, son droit se trouvait consommé ; il ne pouvait plus renouveler son action, alors même que cette poursuite faisait apparaître l'insolvabilité du débiteur principal, c'est-à-dire dans une hypothèse où le cautionnement aurait dû, au contraire, être d'une grande utilité pour lui.

Le créancier pouvait échapper à ce danger, en stipulant du fidéjusseur, non plus l'objet compris dans l'obligation principale, mais ce qu'il ne pourrait obtenir du débiteur, *quanto minus a Titio consecutus fuero, tantum dare spondes* (612)? C'est à ce cautionnement que les commentateurs ont donné le nom de

(611) Gaius, III, 117.

(612) Paul, I, 21, *De solut.*, XLVI, 3. — Ulpien, I, 6, pr., *h. tit.* — Gaius, I, 150, *De verb. signif.*, L, 16.

fidejussio indemnitalis (613). Il y a alors deux obligations distinctes ; c'est du moins ce que nous apprend Paul : *Non enim sunt duo rei ejusdem obligationis* (614). Le débiteur principal est tenu pour le tout et peut être poursuivi immédiatement. Le fidéjusseur ne doit que subsidiairement, sous la condition que le débiteur principal ne payera pas en tout ou en partie. Le *fidejussor indemnitalis* peut donc être considéré comme obligé sous cette condition, s'il est impossible au créancier de se faire payer sur les biens du débiteur principal. Il en résulte que le créancier, en poursuivant le débiteur principal, ne consomme pas son droit contre le fidéjusseur ; car s'il ne réussit pas à se faire payer, la condition s'accomplit et le fidéjusseur est tenu de l'indemniser de la perte qui résulterait pour lui de l'insolvabilité du débiteur principal (615).

Voilà donc un cas où la *litis contestatio* n'éteint pas l'obligation du débiteur accessoire ; mais il fallait aller plus loin et poser en règle ce qu'il était permis aux parties de faire par des conventions particulières. La règle : *Bis de eadem re ne sit actio*, n'est en effet raisonnable que pour empêcher quelqu'un de réclamer une seconde fois ce qu'une première action lui a déjà procuré. C'est ce que fit Justinien (616), en enlevant à la *litis contestatio* l'effet absolu que les anciens lui avaient attribué. Désormais le principe était celui-ci : *Solutione, non electione liberantur*. Les conventions dont parle Justinien, qui avaient pour but de conserver l'action du créancier, n'étaient autres sans doute que la *fidejussio indemnitalis* dont nous venons de dire quelques mots. Dans cette même Constitution, Justinien décida

(613) L. 2, C., *De fidejus. tut.*, V, 57.

(614) Papinien, l. 116, *De verb. oblig.*, XLV, 1.

(615) *Eod.*, *loc. cit.* — Paul, l. 21, *De solut.*, XLVI, 3. — Cpr. Celsus, l. 42, *De reb. credit.*, XII, 1.

(616) L. 28, C., *De fidejus. et mandat.*, VIII, 41. — V. aussi, l. 2, C., *De fidejus. tut.*, V, 57.

également que la demande formée contre l'un des *correi promittendi* laisserait subsister l'obligation des autres, de telle sorte que l'insolvabilité du débiteur poursuivi ne retomba plus comme autrefois sur le créancier.

246. — L'identité quant à l'objet de l'obligation, telle est, avons-nous dit, la véritable raison pour laquelle, à l'époque classique, la *litis contestatio*, comme la novation, avait pour effet de libérer le fidéjusseur. Cet effet ne devait donc plus se produire dès que ce motif faisait défaut, et la règle posée par Paul devait reprendre tout son empire : *Neque enim deteriorem causam nostram facimus, actionem exercentes, sed meliorem* (617).

Nous pouvons faire application de cette idée à l'obligation résultant du *mandatum pecuniæ credendæ*. Ce mandat peut être signalé parmi les actes qui avaient pour fonction ordinaire de réaliser une *intercessio*. Il se rencontrait, quand, sur l'ordre du mandant et à ses risques et périls, un tiers consentait à devenir créancier d'une personne déterminée. Si, par exemple, je vous charge de prêter à Titius une somme dont je vous garantis le remboursement (618), Titius sera obligé envers vous en vertu du prêt, et je serai tenu en vertu du mandat que je vous ai donné. L'obligation du mandant ne porte donc pas sur le même objet que celle du débiteur principal, et ils ne sont pas tenus l'un et l'autre de la même action. Le débiteur principal, celui qui a traité avec le mandataire, est tenu, dans notre espèce, par l'action née du prêt, de restituer la somme prêtée. Au contraire, le mandant est tenu, par l'action née du mandat, d'indemniser le mandataire du préjudice que pourra lui causer l'exécution du contrat. Il en résulte notamment cette conséquence, que la poursuite dirigée contre le débiteur principal ne libère pas le mandant. Cette différence entre le fidéjusseur et le *mandator*

(617) L. 29, *h. tit.*

(618) Gaius, III, 156. — *Inst.*, III, 26, § 6.

pecuniæ credendæ nous est signalée par Paul en ces termes : *Electo reo principali, fidejussor, vel heres ejus liberatur. Non idem in mandatoribus observatur* (619). Le mandant reste tenu de payer au mandataire ce qu'il ne pourra obtenir du tiers avec lequel il a traité.

Il en serait autrement, nous l'avons vu (V. *suprà*, n° 90), si le mandataire, au lieu de poursuivre le débiteur principal, stipulait de lui *novandi causâ*. Par l'effet de la novation le mandant se trouverait libéré ; car cette stipulation fait présumer que le créancier se tient pour satisfait. *Videtur ei satisfactum, si, ut ipse voluit, sibi cavit.* (620).

Ce que nous venons de dire du *mandatum pecuniæ credendæ*, s'applique également au *constitutum debiti alieni*. La poursuite dirigée contre le débiteur principal laisse subsister l'obligation née du constitut (621). La promesse du constituant de payer la dette préexistante d'un tiers, laisse, en principe, subsister l'obligation du débiteur originaire. Il y a deux obligations concomitantes qui doivent être éteintes par le paiement de la dette. *Solutio ad utramque obligationem proficit* (622). Sous ce rapport, celui qui fait le pacte de constitut pour la dette d'autrui est donc traité comme le *mandator pecuniæ credendæ*, plutôt que comme le fidéjusseur.

En résumé, tandis que la stipulation *novandi causâ* fait disparaître avec la dette principale les sûretés personnelles qui en garantissaient l'exécution, la *litis contestatio* les laisse subsister. Il n'y a que le fidéjusseur ordinaire et le *correus* qui sont libérés à l'époque classique par l'effet de la *deductio in judicium*, comme par celui de la novation, et cela parce qu'il y

(619), Paul, *Sent.*, II, 17, § 16. — Gaius, I, 27, § 5, *Mandati vel contrâ*, XVII, 1. — Julien, I, 13, *De fidejus.*, XLVI, 1.

(620) Ulpien, I, 9, § 3, *De pignorat. act.*, XIII, 7.

(621) *Ed.*, I, 18, § 3, *De pecun. const.*, XIII, 5.

(622) *Ed.*, *loc. cit.*

a identité au point de vue de l'objet de l'obligation. Au contraire, dans le droit de Justinien la *litis contestatio* laisse subsister l'obligation du fidéjusseur, comme celle du *correus promittendi*.

247. — La créance peut être garantie, non-seulement par des sûretés personnelles, mais encore par des sûretés réelles. Nous avons vu que la stipulation *novandi causâ* a pour effet d'éteindre les droits de gages et d'hypothèques, à moins de convention contraire entre le stipulant et le propriétaire des biens grevés (V, *suprà*, n^{os} 88 et 89). Au contraire, la *litis contestatio* laisse subsister les droits de gages et d'hypothèques qui garantissaient la créance portée en justice. Celui qui a une créance garantie par hypothèque à deux droits parfaitement distincts par leur nature et par l'action qui les protège. L'un est un droit personnel, l'autre est un droit réel ; l'un est garanti par une action personnelle, l'autre par l'action hypothécaire. La quasi-novation opérée par l'effet de la *litis contestatio* ne peut porter que sur le droit qui a été déduit en justice, c'est-à-dire sur le droit personnel, et non sur le droit d'hypothèque.

L'action hypothécaire a d'ailleurs ses conditions particulières ; elle peut toujours être exercée à défaut de paiement ou de toute autre satisfaction (623). Le créancier a sans doute l'action *judicati* contre le débiteur qui a été condamné ; mais cette action peut être illusoire et ne pas donner satisfaction au créancier. L'action hypothécaire restera donc à côté de l'action *judicati*. La poursuite du créancier ne saurait rendre sa condition plus mauvaise et lui faire perdre une sûreté qu'il s'est assurée, au moment même où elle devient pour lui d'une grande utilité. Le créancier qui exerce son action personnelle n'épuise donc pas son action hypothécaire, pas plus qu'il n'épuise l'action personnelle quand il exerce son action hypothécaire.

C'est ce qui résulte de plusieurs textes, et notamment de la loi 11, pr. et § 1^{er}, livre XIII, titre 7, *De pignoratitia actione*, qui éta-

(623) Marcien, l. 13, § 4, *De pignor. et hypothe.*, XX, 1.

blit un rapprochement entre les effets produits par la *litis contestatio* et ceux qui résultent de la novation (624). La novation fait disparaître les droits réels de gage et d'hypothèque. *Novata autem debiti obligatio pignus perimit*. Il en est autrement de la *litis contestatio* ; car il est impossible de la considérer comme procurant au créancier une satisfaction analogue au paiement. *Solutum non videtur, si lis contestata cum debitore sit de ipso debito, vel si fidejussor conventus fuerit*.

Ce principe se trouve également consacré par plusieurs Constitutions insérées au Code. *Quamvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem* (625).

248. — Paul, dans la loi 29, à notre titre, après nous avoir dit que beaucoup d'exemples montrent qu'il y a de grandes différences entre la novation volontaire et celle qui résulte du *judicium acceptum*, fait une application particulière de ce principe en matière de privilèges. Il dit que la stipulation *novandi causâ* entraîne la perte du *privilegium dotis* et du *privilegium tutelæ*, quand elle est faite par une femme qui stipule du mari la restitution de la dot après le divorce, ou par un pupille qui renonce à l'*actio tutelæ*, pour se procurer l'action *ex stipulatu* contre le tuteur. Le jurisconsulte ajoute qu'on ne peut en dire autant de la *litis contestatio* : *quod nemo dixit lite contestatâ* (626). On comprend que la femme et le pupille renoncent à leur privilège, quand ils stipulent du mari ou du tuteur dans le but d'éteindre complètement la première dette. Mais il en est autrement quand ils poursuivent en justice l'exécution de leurs droits. Le privilège s'exerce sur le prix fourni par la vente des biens du débiteur, et si la *litis contestatio* devait le faire disparaître, ce serait priver

(624) V. aussi, Marcien, *loc. cit.*

(625) L. 8, C., *De pign. et hypothe.*, VIII, 14. — L. 1, C., *Etiam ob chirographa.*, VIII, 27.

(626) V. aussi, Paul, l. 22, *De tutelæ et rat. distrah.*, XXVII, 3.

la femme et le pupille des avantages qu'ils sont en droit d'en retirer et que le législateur a entendu y attacher. Loin de vouloir l'abandonner, le créancier qui agit en justice marche au contraire vers l'exercice de ce privilège, dont l'utilité se fait précisément sentir. C'est donc avec beaucoup de raison que Paul décide que la femme ou le pupille ne perdra pas le privilège de dot ou de tutelle pour avoir déduit son droit en justice ; tandis qu'il en serait privé s'il avait fait novation au moyen d'une stipulation.

249. — La différence entre les effets de la novation et ceux de la *litis contestatio* se montre encore relativement aux intérêts que pouvait produire la créance qui fait l'objet de la stipulation ou de la *deductio in iudicium*. Nous avons vu que la novation régulièrement faite, en même temps qu'elle éteint les gages et les hypothèques, arrête aussi le cours des intérêts (V. *suprà*, n° 93). Au contraire, Paul (627) nous apprend que les intérêts courent après la *litis contestatio*. *Lite contestatâ usuræ currunt*. Peu importe qu'ils continuent à courir malgré la *litis contestatio* en vertu de la cause ancienne, ou qu'ils soient dus désormais par l'effet de la *litis contestatio* ; ce qui est certain et ce que nous voulons seulement constater, c'est que le cours des intérêts n'est pas suspendu. Ajoutons toutefois que, selon nous, c'est bien plutôt en vertu de la cause ancienne que les intérêts continuent de courir. La proposition qui forme la loi 35, *De usuris*, considérée isolément, présente, sans doute, un sens plus ou moins équivoque ; mais elle devient beaucoup plus claire quand on considère l'origine de ce fragment. La loi 35 est en effet extraite, comme la loi 18 à notre titre, du livre 57, *Ad edictum*. Paul avait sans doute rapproché ces deux textes dans le but de les compléter l'un par l'autre. Après avoir dit que la novation arrête le cours des intérêts, il ajoutait, pour faire ressortir la différence, que la *litis contestatio* ne produit pas le même effet.

(627) L. 35, *De usuris*, XXII, 1.

Quoi qu'il en soit, il est certain que le cours des intérêts n'est pas arrêté par la *litis contestatio*, et ils continuent à être dus, du moins jusqu'au jugement. Un certain délai était accordé pour l'exécution de la condamnation, et Justinien (628) déterminait un taux spécial pour les intérêts des capitaux compris dans une condamnation qui n'avait pas été exécutée dans le délai déterminé.

250. — Ce que nous venons de dire des intérêts s'applique également au cas où le créancier aurait stipulé une certaine somme pour chaque mois de retard dans le paiement du capital. La peine n'en continuait pas moins à être encourue à chaque échéance, alors même que le capital avait été réclamé en justice. *Etiam si sortis obligatio in iudicium sit deducta, adhuc tamen pœna crescit, quia verum est solutam pecuniam non esse* (629). Il est toujours vrai de dire qu'il n'y a pas eu paiement, et par conséquent la peine continue à être encourue, puisque la condition négative d'où elle dépend se trouve réalisée, *si sors soluta non sit*.

Nous avons dit, au contraire, que la peine ne peut plus être encourue quand la créance a été déduite dans une stipulation *novandi causâ* (V. *suprà*, n° 92). Sans doute, le débiteur n'a pas accompli son obligation ; mais il ne saurait être considéré comme en faute pour ne pas exécuter une obligation qui a été éteinte. La stipulation implique satisfaction du créancier ; en renonçant à son ancien droit, il a en même temps renoncé à la sanction dont il était accompagné.

251. — Signalons encore une autre différence entre les effets de la novation et ceux de la *litis contestatio*. La novation, nous l'avons dit, a pour effet de purger la demeure antérieure du débiteur (V. *suprà*, n° 95 et suiv.). Il en résulte que les intérêts moratoires cessent de courir, et que le débiteur ne répond plus

(628) LL. 2 et 3, C., *De usuris rei jud.*, VII, 54.

(629) Pomponius, l. 90, *De verb. oblig.*, XLV, 1.

de la perte de la chose par cas fortuit. Il en est autrement en ce qui concerne la *litis contestatio* ; elle ne purge pas la demeure, très-souvent même elle la détermine. Il en résulte que les intérêts ne cessent pas de courir, et nous pouvons ajouter que le débiteur n'est pas déchargé de la responsabilité de la perte par cas fortuit. Peu importe que ce soit là un effet de la demeure antérieure qui continue de subsister, ou que le débiteur soit tenu en vertu d'une demeure provenant de la *litis contestatio* ; ce qui est certain, c'est qu'il reste tenu du paiement des intérêts et de la responsabilité de la perte de la chose après la *deductio in judicium*.

Cette différence est d'ailleurs parfaitement raisonnable : c'est volontairement que le débiteur promet dans la novation ; c'est volontairement aussi que le créancier stipule. Le débiteur offre en paiement une nouvelle obligation ; le créancier en l'acceptant se tient pour satisfait, et renonce à se prévaloir de la demeure attachée à la première obligation. Il en est tout autrement de la *litis contestatio*. Par la poursuite, le créancier manifeste plus énergiquement que jamais l'intention d'exiger ce qui est dû ; loin de vouloir décharger le débiteur des suites de la demeure, il ne fait que la confirmer d'une manière plus positive encore. Quel qu'ait été son droit antérieur, il acquiert contre le débiteur un droit de créance, et ce droit porte sur une somme d'argent, du moins dans le système formulaire.

252. — Une dernière question nous reste à examiner, en ce qui concerne les effets de la *litis contestatio* comparés à ceux de la novation. Ne faut-il pas dire que le droit d'action seul a été perdu, et qu'il y a une obligation naturelle survivant à la *litis contestatio* ? Cela suppose évidemment que la demande du créancier était légitime ; car la *litis contestatio* ne saurait mettre une obligation naturelle à la place du néant. Nous supposons qu'il existe un véritable droit à éteindre, et nous nous demandons si cette extinction s'opère d'une manière assez complète pour que le défendeur ne reste pas tenu même en droit naturel.

La question étant ainsi posée, il faut décider que le défendeur

continue à être tenu d'une obligation naturelle. Ce qui a été déduit *in judicium* et éteint par l'effet de la *litis contestatio*, c'est l'obligation civile du débiteur. Au contraire, l'obligation naturelle n'a pas été et n'a pu être déduite en justice; car il s'est opéré une quasi-novation indépendamment de la volonté du créancier, et cette quasi-novation ne lui a pas procuré la satisfaction qu'il est en droit d'attendre. On peut donc donner ici la raison indiquée par Papinien (630) : *Obligatio naturalis in litem non est translata*. Il en est autrement, du moins en principe, en ce qui concerne la novation proprement dite; car le créancier se tient pour satisfait et renonce volontairement à son ancienne créance. La rigueur du droit strict exige que la dette soit éteinte, et cette rigueur est ici conforme, en général, à l'équité et à la raison naturelle (V. *suprà*, n^{os} 98 et 99).

Cette obligation produira donc ses effets et présentera surtout de grands avantages pour le demandeur dans le cas où il y aurait péremption d'instance. C'est ainsi qu'elle peut faire l'objet d'un paiement qui ne saurait donner lieu à répétition (631). Le créancier, poursuivi par le débiteur *post litem contestatam*, peut lui opposer la compensation (632). Il en résulte encore que cette obligation peut être garantie par un fidéjusseur (633). Ce débiteur accessoire ne sera pas tenu de la condamnation, s'il ne s'est engagé que *ad litis exercitationem*. Il en sera tenu, au contraire, s'il a garanti même l'exécution de la dette naturelle dont était tenu le défendeur, *si fidejussor totius causæ acceptus sit* (634). Il n'est pas douteux non plus qu'une hypothèque nouvelle ou un gage nouveau pourrait être donné, puisqu'on

(630) L. 50, § 2, *De peculio*, XV, 1.

(631) Paul, l. 60, pr., *Dig., De conduct. indeb.*, XII, 6. — Papinien, l. 50, § 2, *De peculio*, XV, 1.

(632) Gaius, l. 8; Papinien, l. 18, pr., *De compensat.*, XVI, 2.

(633) Papinien, l. 50, § 2, *De peculio*, XV, 1.

(634) Ulpien, l. 8, § 3, *De fidejus.*, XLVI, 1.

peut payer cette dette et en garantir l'exécution par l'engagement d'un fidéjusseur. Remarquons encore que la novation et le pacte de constitut seraient valablement faits *post litem contestatam*, puisque ces actes peuvent intervenir même à propos d'une obligation naturelle.

253. — La *litis contestatio* laisse donc subsister une obligation naturelle à la charge du débiteur. Faut-il aller plus loin, et décider que cette obligation continue de subsister après que la sentence a été prononcée ?

Si le débiteur est condamné, il est tenu d'une obligation civile, de telle sorte que la question ne présentera d'intérêt, du moins en général, que dans le cas d'une sentence d'absolution. On reconnaît qu'il ne peut y avoir obligation naturelle quand le juge a bien jugé, quand il n'y avait pas de dette ou qu'elle avait été éteinte. Mais s'il a mal jugé, s'il a été trompé par de fausses allégations, on a prétendu que l'obligation naturelle, qui a survécu à la *litis contestatio*, continuait d'exister après le jugement d'absolution. On fonde cette solution sur des raisons générales et sur des textes (635).

L'autorité de la chose jugée est, dit-on, une institution purement positive, de droit civil, et tout à fait étrangère au *jus gentium*. Au contraire, l'obligation naturelle appartient au droit des gens et ne peut être éteinte par l'effet d'une règle qui est de pur droit civil. L'obligation civile seule a été déduite *in judicium*, de telle sorte que l'obligation naturelle reste en dehors des pouvoirs du juge.

On a surtout invoqué la loi 60, livre XII, titre 6, *De conduct. indebiti*, pour établir cette doctrine. Julien suppose que celui qui était véritablement débiteur a payé après la *litis contestatio*, mais avant la sentence. Dans ces circonstances il refuse la *condictio indebiti*, par le motif que le défendeur serait tenu quelle

(635) V. les développements donnés sur cette controverse par M. Machelard, *Dés obligations naturelles en droit romain*, pp. 414 et suiv.

que soit l'issue du procès. En admettant même l'hypothèse la plus favorable pour lui, celle d'une absolution, il serait toujours tenu naturellement. Il y a donc une obligation naturelle qui survit à la sentence d'absolution, et le paiement qui serait fait ensuite ne donnerait pas lieu à répétition. La pensée de Julien est donc celle-ci : Le défendeur ne peut répéter ce qu'il a payé *manente adhuc judicio*; car il ne se trouverait pas dans une position meilleure, alors même qu'il ne serait pas condamné. Il ne faut donc pas se préoccuper de l'issue du procès pour autoriser une *condictio indebiti* qui devrait être refusée, même dans le cas d'une sentence d'absolution. Il s'agit ici d'une véritable *condictio indebiti* et le jurisconsulte sous-entend sans doute la condition de l'erreur. Peut-être le défendeur a-t-il reçu le faux avis d'une condamnation; peut-être est-il mort et son héritier a-t-il payé dans l'ignorance du jugement qui l'avait absous.

On a aussi invoqué la loi 28, livre XII, titre 6, *De condict. indebiti*. Il y a absolution injuste et il ne peut y avoir répétition du paiement; donc il y a obligation naturelle, puisque le paiement fait par erreur ne donne pas lieu à la *condictio indebiti*. Il est vrai que ce texte parle d'un paiement fait *suâ sponte*, ce qui peut faire croire que le débiteur avait payé en parfaite connaissance de cause; mais ces mots ont une autre signification. Le jurisconsulte veut dire que le débiteur absous a payé, alors qu'il n'était pas obligé en vertu d'une condamnation et qu'il ne pouvait être contraint d'opérer le paiement. Il faut même supposer cette erreur; car c'est la première condition pour qu'il puisse y avoir lieu à la *condictio indebiti*.

254. — Tels sont, en quelques mots, les principaux arguments invoqués par les partisans de ce système. Cette doctrine n'est pas la nôtre et nous pensons, au contraire, que l'obligation naturelle ne survit pas à la sentence d'absolution.

L'autorité de la chose jugée est attachée à toute sentence définitive, *res judicata pro veritate accipitur* (636). Qu'il y

(636) Ulpien, l. 56, *De re judicatâ*, XLIII, 1. — L. 207, *De regul. jur.*, L, 17.

ait eu condamnation ou absolution ; que la sentence ait été bien ou mal rendue : dans tous les cas il est interdit à celui qui a succombé d'en démontrer la fausseté. Ce que deviendrait ce principe en face d'une obligation naturelle devant produire tous ses effets, il est facile de le comprendre. Si le paiement a eu lieu, le défendeur exercera la *condictio indebiti* en se fondant sur la sentence d'absolution qu'il ignorait. Le demandeur au procès, défendeur à la *condictio*, ne pourra repousser la demande qu'en faisant triompher une exception de dol, basée sur l'existence d'une obligation naturelle. En d'autres termes, il faudra remettre en question ce qui a été jugé, et prouver que le défendeur devait réellement ce que le juge a déclaré ne pas être dû. De même encore, supposons que le demandeur se trouve débiteur du défendeur et soit poursuivi par lui ; il oppose la compensation fondée sur l'obligation naturelle et son adversaire lui répond par l'exception *rei judicatæ*. Si l'on veut faire produire un effet à l'obligation naturelle, il faudra donc donner au défendeur à cette action une triplique qui ne pourra triompher qu'à la condition de sacrifier la présomption de vérité qui s'attache à la chose jugée. C'est donc porter un coup fatal à ce principe que de vouloir réclamer les effets d'une obligation naturelle après une sentence d'absolution.

En vain dit-on que ce principe appartient au pur droit civil. Cette objection, fût-elle rigoureusement exacte, resterait sans portée ; car il est des lois qui ont un caractère tellement impérieux qu'elles doivent l'emporter sur le *jus gentium*. Du reste, ce principe lui-même n'est-il pas commandé par une certaine raison naturelle ? Comment une société pourrait-elle vivre et se développer dans la paix et le bon ordre, sans cette présomption à l'abri de laquelle reposent la tranquillité et la fortune des citoyens ! N'est-ce pas précisément à cause de son importance, on peut dire de sa nécessité, que cette présomption se retrouve partout, et peut dès lors être considérée comme appartenant en réalité au droit des gens ?

255. — Cette doctrine n'est pas seulement conforme aux principes ; elle est encore consacrée par les textes eux-mêmes. Nous citerons notamment la loi 13, livre XX, titre 6, *Quib. mod. pig. vel. hypot. solvitur*, dans laquelle Tryphoninus nous apprend que le gage est libéré toutes les fois que le débiteur a été absous, alors même que la sentence aurait été injustement prononcée. Nous laissons de côté les explications proposées par les adversaires pour rendre compte de cette loi ; pour nous, le sens de ce texte est clair, et la conséquence non moins certaine. Le débiteur a été absous ; il n'y a pas à distinguer si la sentence a été bien ou mal rendue : dans tous les cas le gage est libéré. La conclusion à tirer de ce texte est facile : le débiteur n'est pas tenu d'une obligation naturelle après une sentence d'absolution ; car le gage ne s'éteint pas tant qu'il subsiste une obligation naturelle (637).

On a invoqué contre cette doctrine la loi 60, livre XII, titre 6, *De condict. indebiti*, dont nous avons parlé. Le texte original de Paul a-t-il été mutilé par les compilateurs de Justinien ? C'est là une simple conjecture (638). Quoi qu'il en soit, nous pensons que la solution donnée par Julien et rapportée par Paul n'est pas en contradiction avec le principe que nous avons admis. Il est certain qu'il n'y a pas contradiction, si l'on décide que le jurisconsulte n'a pas entendu reconnaître l'existence d'une obligation naturelle. On a cherché, en effet, à diviser le texte dont il s'agit, et l'on a prétendu que la solution admise par Julien n'avait pas trait à notre question. Ce qu'il décide, c'est qu'il ne peut y avoir répétition du paiement fait par erreur *pendente judicio*, quelle que soit l'issue du procès. En effet, ou il y a condamnation, et alors il n'y a pas de difficulté, car il y a une dette qui existe. Ou bien il y a absolution ; mais la chose jugée ne peut opérer que pour l'avenir et ne peut rendre nul un paiement qui a été

(637) *Eod.*, l. 14, § 1^{er}, *De pig. et hypoth.*, XX, 1.

(638) V. Machelard, *Des obligations naturelles en droit romain*, p. 434.

valablement fait. C'est au moment où il a été fait qu'il faut se placer pour apprécier la validité du paiement ; or, à ce moment, c'est-à-dire *pendente judicio*, il y avait une obligation naturelle. Quant à ces mots : *licet enim absolutus sit, naturâ tamen debitor permanet*, ils ne veulent pas dire qu'il reste une obligation naturelle après la sentence d'absolution ; ils signifient seulement qu'il y avait dette naturelle au jour du paiement, et que la sentence postérieure ne peut modifier ce qui a été valablement fait (639).

La solution de Julien n'est pas non plus en contradiction avec notre principe général, alors même qu'il faudrait admettre qu'il reconnaissait l'existence d'une obligation naturelle après la sentence d'absolution. On ne peut, en effet, soupçonner un tel jurisconsulte d'avoir ainsi méconnu la présomption attachée à l'autorité de la chose jugée. Il faut donc forcément restreindre cette décision au cas où le demandeur peut justifier que son action était fondée, sans pour cela nier que le devoir du juge consistât à absoudre, c'est-à-dire sans porter atteinte au principe de la chose jugée. Il peut se présenter, en effet, différentes hypothèses dans lesquelles il est possible de dire que quelqu'un était réellement débiteur, sans manquer de respect à l'autorité de la chose jugée. C'est ce qui arrivera, lorsque l'absolution n'aura pas été déterminée par ce fait que le débiteur n'était pas obligé, ou était libéré de son obligation. Il se peut, par exemple, que le juge ne condamne pas, parce qu'il y aurait eu irrégularité dans la procédure. Il se peut que ce soit un fils de famille qui n'ait été absous que pour avoir emprunté contrairement au Sénatus-consulte Macédonien. Dans ces hypothèses et autres semblables, la réalité de la dette n'est pas en opposition avec ce

(639) V. dans ce sens, Doneau et de Vangerow, cités par Machelard, *op. cit.*, pp. 427 et 429.

qui est censé être la vérité, conformément à la sentence du juge (640).

S'il fallait prendre parti pour l'un ou l'autre de ces systèmes, nous donnerions encore la préférence au second, qui nous paraît plus conforme au texte même dont il s'agit. Quoi qu'il en soit, cette solution laisse subsister le principe général que le débiteur cesse d'être tenu, même naturellement, après la sentence d'absolution.

Nous avons dit que l'on avait aussi invoqué la loi 28, livre XII, titre 6, *De condict. indebiti*. Il est facile de réfuter l'argument que l'on a voulu en tirer. Cette loi dit qu'il ne peut y avoir répétition de ce qui a été payé après la sentence d'absolution. Est-ce parce qu'il y a obligation naturelle? Assurément non; Paul parle d'un défendeur qui a payé *suâ sponte*, c'est-à-dire qui a fait un acte volontairement accompli et en parfaite connaissance de cause. Il y a dans cette volonté un aveu qui constitue un principe d'obligation suffisant, et s'oppose à l'exercice de la *condictio indebiti*.

256. — Il ne faut pas toutefois être trop absolu dans la doctrine que nous venons d'exposer. Le principe de la chose jugée s'oppose à ce que la sentence d'absolution laisse subsister une obligation naturelle, dont les effets s'imposent au débiteur par la preuve de l'erreur du juge. Il en résulte que le créancier ne pourra retenir le paiement qui aurait été fait par erreur. Il ne pourra faire valoir cette obligation par voie de compensation, s'il devient débiteur de celui qui a été absous. Il ne pourra non plus la faire valoir par l'action hypothécaire, si, à côté de l'engagement personnel, il existait des sûretés réelles. Enfin, il ne pourra non plus la faire valoir contre le fidéjusseur qui aurait accédé à l'obligation. Mais remarquons-le bien, s'il n'y a pas

(640) V. dans ce sens, Machelard, *op. cit.*, pp. 429 et suiv. — Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 867, note 3, et n° 767, *in fine*.

d'obligation naturelle susceptible de produire des effets qui s'imposent au débiteur, celui-ci du moins peut avouer qu'il doit réellement et reconnaître que l'absolution a été prononcée à tort. Il pourra renoncer au bénéfice d'une décision inique rendue en sa faveur. Il pourra, par conséquent, payer *suâ sponte*, comme le dit Paul (641), et il ne pourra plus se rétracter ; car ce qu'il a payé ne constituait pas réellement un *indebitum*.

Nous n'entrerons pas dans de plus longs développements sur cette intéressante question, qui ne se rattache qu'indirectement à notre sujet. Si nous l'avons examinée ici, c'est afin d'établir une comparaison complète entre les effets de la novation et ceux de la *deductio in judicium*. Nous avons vu ce que devenait l'obligation après la stipulation *novandi causâ*. Nous avons voulu également poursuivre jusqu'au bout l'examen du sort que subit le droit du créancier, après qu'il a été déduit en justice.

(641) L. 28, *Dig.*, *De condict. indeb.*, XII, 6.



Indication des principaux Auteurs et Ouvrages cités
dans le cours de cette Étude.

- ALAUZET, *Commentaire du Code de commerce* (Paris, 1868).
- ANTOINE, *De la succession légitime et testamentaire en droit international privé*, avec une préface de M. Dubois (Paris, 1876).
- AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e édition (Paris, 1869).
- BACQUET, *Traité du droit d'aubaine et Traité des droits de justice* (Paris, 1664).
- BERTAULD, *Questions pratiques et doctrinales* (Paris, 1867).
- BONCENNE, *Théorie de la procédure civile* (Paris et Poitiers, 1840).
- BOISTEL, *Précis de droit commercial* (Paris, 1878).
- BOITARD, *Leçons de procédure civile*, revues et augmentées par Colmet-Daage, 8^e édition (Paris, 1861).
- BONNIER, *Eléments de procédure civile* (Paris, 1853).
- BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois* (Paris, 1766).
- BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, traduit de l'allemand par Lardy (Paris, 1874).
- BRAVARD-VEYRIÈRES, *Traité de droit commercial*, publié et annoté par Demangeat (Paris, 1864).
- CARLE, *La faillite dans le droit international privé*, traduit et annoté par M. Dubois (Paris, 1875).
- CARRÉ et CHAUVEAU, *Lois de la procédure civile*, 3^e édition (Paris, 1843).

DALLOZ, *Répertoire alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*.

DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, édition publiée en 1824.

DEMANGEAT, *Histoire de la condition civile des étrangers en France* (Paris, 1844).

DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code civil* (Paris, 1849).

DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, 2^e édition (Paris, 1860).

DENISART, *Collection de décisions nouvelles*, 8^e édition (Paris, 1773).

DURANTON, *Cours de droit français*, 4^e édition (Paris, 1844).

FAUSTIN-HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle* (Paris, 1866).

FELIX, *Traité de droit international privé*, 4^e édition (Paris, 1866).

HAUS, *Du droit privé qui régit les étrangers en Belgique* (Gand, 1874).

KLÜBER, *Droit des gens moderne de l'Europe* (Paris, 1861).

LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. I^{er} (Paris et Bruxelles, 1872); et *Droit civil international*, t. IV (Paris et Bruxelles, 1880).

LEGAT, *Code des étrangers* (Paris, 1832).

LE SEYLLIER, *De l'exercice et de l'extinction de l'action publique et privée*, 2^e édition (Paris, 1874).

LYON-CAEN, *De la condition légale des sociétés étrangères en France* (Paris, 1870).

MANGIN, *Traité de l'action publique et de l'action civile* (Paris, 1876).

MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon* (Paris, 1859).

MARTENS (de), *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, accompagné des notes de Pinheiro-Ferreira et complété par Ch. Vergé (Paris, 1858).

MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 3^e édition (Paris, 1874).

MASSOL, *De la séparation de corps et de ses effets* (Paris, 1841).

MERLIN, *Répertoire de jurisprudence et Questions de droit*.

NOUGUIER, *Des tribunaux de commerce* (Paris, 1844).

ORILLARD, *De la compétence et de la procédure des tribunaux de commerce* (Paris, 1855).

PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, 6^e édition (Paris, 1856).

PONSOT, *Traité du cautionnement* (Paris et Dijon, 1844).

POTHIER, *Traité des personnes*, édition Rogron et Fribach (Paris, 1830).

PROUDHON, *Traité sur l'état des personnes*, 3^e édition augmentée par Valette (Dijon, 1842).

RENOUARD, *Traité des faillites et banqueroutes* (Paris, 1857).

RODIÈRE, *Cours de procédure civile* (Paris, 1850).

SAPEY, *Les étrangers en France sous l'ancien et le nouveau droit* (Paris, 1843).

TOULLIER, *Le droit civil français*, continué et complété par Duvergier, 6^e édition.

TRÉBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel* (Paris, 1854).

VALETTE, *Cours de Code civil*, 1872.

VATTEL, *Le droit des gens*, nouvelle édition complétée par Pradier-Fodéré (Paris, 1863).

WHÉATON, *Eléments du droit international*, 4^e édition (Leipzig, 1864).

ZACHARLE, *Le droit civil français*, traduit de l'allemand et annoté par Massé et Vergé (Paris, 1854).

Traités et Dissertations sur la matière.

BONFILS, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers* (Paris, 1865).

DEMANGEAT, *De la compétence des tribunaux français dans les contestations entre étrangers*, dans le *Journal de droit international*,

1877, pp. 109 et suiv. — *Une saisie-arrêt peut-elle être valablement pratiquée en France par le créancier d'un particulier ou d'un Gouvernement étranger ?* (*Revue pratique*, 1856, t. I^{er}, pp. 385 et suiv.)

FÉRAUD-GIRAUD, *De la compétence des tribunaux français pour connaître des contestations entre étrangers*, dans le *Journal de droit international*, 1880, pp. 137 à 173, et 225 à 245.

GLASSON, *De la compétence des tribunaux français entre étrangers*, (*France judiciaire*, 1^{er} avril 1881, et *Journal de droit international*, 1881, n° III-IV, pp. 105 à 133).

JACCOTON, *Caution judicatum solvi*, (*Rev. de législat.*, 1852, t. XLIII, pp. 179 et suiv.)

LAURENT, *De la compétence des tribunaux belges relativement aux étrangers*, dans le *Journal de droit international*, 1877, pp. 496 et suivantes.

Périodiques.

DALLOZ, *Recueil périodique de jurisprudence, de législation et de doctrine*.

SIREY, *Recueil général des lois et arrêts*, et *Collection nouvelle des arrêts rendus de 1791 à 1830* (Devilleneuve et Carette).

Annuaire de législation étrangère.

Annuaire de l'Institut de droit international.

Bulletin de la Société de législation comparée.

Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat depuis 1788, par Duvergier.

Le Droit, Journal des Tribunaux.

Gazette des Tribunaux.

Journal de droit international (fondé et publié par M. Ed. Clunet).

Journal des tribunaux de commerce.

Recueil des arrêts de la Cour de Nancy.

Revue de droit international (Revue de Gand).

Recueil général des anciennes lois françaises, depuis 420 jusqu'à 1789, par Jourdan, Isambert et Decrusy.

Revue critique de législation et de jurisprudence.

Revue de législation et de jurisprudence, publiée sous la direction de M. Wolowski, depuis 1834 jusqu'à 1853.

Revue étrangère et française de législation, publiée depuis 1834 jusqu'à 1844, et continuée depuis cette époque jusqu'à 1850 par la *Revue de droit français et étranger*.

Revue historique de droit français et étranger, de 1855 à 1870; continuée de 1870 à 1877 par la *Revue de législation ancienne et moderne, française et étrangère*, et depuis 1877 par la *Nouvelle Revue historique de droit français*.

Revue pratique de droit français (a).

(a) Nous indiquons ici tous les Recueils et toutes les Revues dont nous avons eu l'occasion de faire usage dans le cours de cette étude, bien que nous n'ayons eu recours à plusieurs de ces publications que dans un nombre de cas assez restreint.



PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

C. civ.....	Code civil.
C. com.	Code de commerce.
C. n.....	<i>Collection nouvelle des arrêts rendus de 1791 à 1830</i> (Devilleneuve et Carette).
Sur. cassat...	Jugement ou arrêt rapporté sur un arrêt de la Cour de cassation.
Civ. cassat..	Arrêt de <i>cassation</i> rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation française.
Civ. rej.....	Arrêt de <i>rejet</i> rendu par la même Chambre.
Cpr.....	Comparer.
Crim. cassat.	Arrêt de <i>cassation</i> de la Chambre criminelle de la Cour de cassation française.
Crim. rej....	Arrêt de <i>rejet</i> rendu par la même Chambre.
Dal.	<i>Recueil périodique de jurisprudence, de législation et de doctrine de Dalloz.</i>
Dal., Répert.	Dalloz, <i>Répertoire alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence.</i>
Eod.....	Même auteur.
J. dr. int....	<i>Journal de droit international</i> , de Clunet.
Loc. cit.....	Passage déjà indiqué.
N.....	Note.
N°.....	Numéro.
Op. cit.....	Ouvrage cité.
P.....	Page.
Req. régl....	Arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation française portant règlement de juges.

Req. rej.....	Arrêt de <i>rejet</i> rendu par la même Chambre.
<i>Rev. dr. int.</i>	<i>Revue de droit international</i> (de Gand).
S.	Sirey, <i>Recueil général des lois et arrêts</i> .
S., <i>L. annot.</i>	<i>Lois annotées</i> du recueil fondé par Sirey, et de la <i>Collection nouvelle</i> de MM. Devilleneuve et Carette.
Trib. civ....	Tribunal civil.
Trib. com...	Tribunal de commerce.
Trib. correct.	Tribunal correctionnel.
V.	Voir.
V°.....	Mot.



DROIT FRANÇAIS



DE LA

Compétence des tribunaux français à l'égard des Étrangers

EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE



« Si, comme citoyen, on ne peut appartenir qu'à une société particulière, on appartient, comme homme, à la société générale du genre humain. »

(PORTALIS, Discours préliminaire. —
LOCRÉ, *Législat. civ. et com.* t. I, p. 299.)

INTRODUCTION

Un pays ne peut avoir la prétention de s'isoler complètement de ses voisins, car il en est des nations comme des hommes : de même que l'homme ne saurait vivre en dehors de la société, de même les nations, qui ne sont que des agglomérations d'hommes, ne sauraient vivre en dehors des autres nations.

C'est de nos jours surtout que s'est accentué le mouvement qui porte les peuples vers un mutuel rapprochement. Le déve-

loppement du commerce, les besoins de l'industrie, l'organisation de grandes entreprises, quelquefois même les séductions d'une grande ville, attirent en France des étrangers dont le nombre va sans cesse en augmentant. Quelques-uns se contentent d'un rapide séjour; d'autres fondent des établissements plus stables dans nos grands centres, où ils forment parfois une population considérable; il en est même qui ont perdu tout esprit de retour dans leur patrie, et résident d'une manière permanente au milieu de nos concitoyens, participant en quelque sorte à la vie nationale.

Ces rapports journaliers engendrent nécessairement des contestations, soit entre ces étrangers et les citoyens du pays, soit entre ces étrangers eux-mêmes, et, en face de l'impossibilité de concilier les intérêts des parties, la justice doit souvent intervenir pour statuer sur la question qui fait l'objet du débat. Voilà pourquoi, depuis quelques années surtout, le droit international privé est devenu l'objet des investigations les plus attentives des publiscites, et a donné lieu à des travaux scientifiques et à des décisions judiciaires dont l'autorité se propage peu à peu dans le monde entier. Le développement des relations entre les sujets des différents Etats, en faisant apparaître chaque jour des complications nouvelles, lui imprime un caractère en quelque sorte permanent d'actualité.

Nous nous proposons d'examiner, en nous plaçant particulièrement au point de vue de la législation française, les principales difficultés que peut faire naître la question de la compétence de nos tribunaux dans les contestations entre Français et étrangers, ou entre étrangers seulement, en matière civile et commer-

ciale. Dans une première partie nous supposerons un procès engagé entre un régnicole et un étranger, et cette partie de notre travail se divisera tout naturellement en deux chapitres, dans lesquels nous passerons successivement en revue l'hypothèse où l'étranger se porte demandeur contre un Français, et celle où le Français traduit l'étranger devant les tribunaux de notre pays.

— Dans la seconde partie de cette étude, nous nous demanderons si la justice n'est due qu'aux nationaux, ou si, au contraire, nos tribunaux ne sont pas appelés à connaître également des contestations qui peuvent s'élever entre deux étrangers. Cette matière est féconde en controverses, et le champ à parcourir est déjà bien trop vaste pour que nous puissions aborder un autre sujet non moins intéressant, nous voulons parler de l'autorité et de l'exécution en France des actes et jugements étrangers. Nous laisserons donc de côté cette dernière question, pour nous renfermer rigoureusement dans les limites que nous nous sommes tracées.

Nous devons malheureusement constater que, malgré l'importance de cette partie de la législation qui traite de la condition des étrangers, la loi est souvent muette, ou du moins tout-à-fait insuffisante sur ce point. Nos juges et nos lecteurs voudront donc bien ne pas s'étonner si nous faisons de nombreux emprunts à la jurisprudence, en invoquant toujours son témoignage à l'appui de nos solutions. Cependant, disons le dès à présent, nous n'adopterons pas aveuglément ses décisions; nous nous permettrons quelquefois de les combattre; mais, jusque dans nos critiques, nous n'oublierons pas le respect que doivent toujours nous inspirer ces jugements et arrêts, œuvre de cette grande magistrature dont la France s'honore à juste titre.

Le nombre considérable de procès auxquels donne lieu la question de la compétence des tribunaux à l'égard des étrangers, prouve suffisamment l'importance pratique du sujet que nous allons aborder. Ce problème juridique n'est pas sans présenter de grandes difficultés, mais ce sont ces difficultés mêmes qui en rendent l'étude plus attrayante. Nous nous efforcerons d'en trouver la solution, autant que le permettront notre faiblesse et notre inexpérience. Pussions-nous avoir réussi dans cette tâche ! Quel que soit d'ailleurs l'accueil que doivent trouver ces quelques pages auprès des maîtres de la science, l'honneur d'attirer un instant leur attention sera à lui seul une récompense.



PREMIÈRE PARTIE

Contestations entre Français et étrangers.

1. — La question de la compétence des tribunaux français dans les contestations entre Français et étrangers, présente un vaste champ d'étude sur lequel se croisent les controverses les plus vives. Les hypothèses sont nombreuses et variées, et nous n'avons pas assurément la prétention de les passer toutes en revue, car ce serait nous imposer une tâche impossible que de vouloir examiner les nombreuses espèces, sur lesquelles nos tribunaux peuvent être appelés à se prononcer. Nous aurions pu, sans doute, parcourir les différents titres de nos codes et nous demander quel est le juge compétent pour statuer sur les contestations auxquelles ils peuvent donner lieu ; mais, en suivant cette marche, non seulement nous aurions été exposé à des redites inévitables, mais nous aurions encore présenté un travail manquant d'une condition essentielle dans toute étude, c'est-à-dire d'une division claire et précise du sujet à traiter. Nous avons voulu, avant tout, grouper les différentes contestations dont il s'agit et poser des principes généraux, à l'aide desquels on pourra, croyons-nous, résoudre la plupart des difficultés auxquelles nous n'aurions pas songé, ou que nous aurions volontairement laissées de côté. Voilà pourquoi nous nous sommes attaché, pour tracer notre plan, à la division que le législateur lui-même a établie pour les actions.

L'action peut, en effet, être personnelle, lorsque le créancier

demande que son débiteur soit condamné à exécuter l'obligation dont il est tenu en vertu d'un contrat ou d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit. L'action peut être réelle quand le demandeur agit contre une personne qui détient une chose dont il est propriétaire, ou sur laquelle il prétend exercer un droit réel. Il est une troisième classe d'actions que l'on appelle : mixtes, et dont le véritable fondement et l'existence même ont donné lieu à de nombreuses controverses. Il ne rentre pas dans notre étude d'examiner ces différentes questions. Quel que soit le fondement de ces actions, que le législateur ait eu tort ou raison de les conserver, il n'importe ; ce qui est certain, c'est qu'elles existent, puisqu'il en est fait mention dans l'article 59, § 4 du Code de procédure (1). Des actions personnelles nous rapprocherons d'ailleurs celles qui sont relatives à l'état des personnes, car elles doivent, à notre avis, être placées sur la même ligne, au point de vue des règles qui déterminent la compétence. Nous n'avons pas non plus l'intention d'examiner quelles sont les actions réelles, personnelles ou mixtes. Nous supposons cette question résolue, et nous recherchons seulement quel est le tribunal compétent pour statuer sur une contestation entre un Français et un étranger, lorsqu'elle donne lieu à une action rentrant dans l'une ou l'autre de ces trois classes.

2. — Nous voulons encore faire, au début de ce travail, une observation qui nous paraît avoir la plus haute importance, relativement au sujet qui va nous occuper, et sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir plus en détail dans le cours de cette étude. Quand deux parties se présentent devant un tribunal, la première question à résoudre est celle de savoir si le juge est compétent pour prendre connaissance du litige. Cette première question résolue, il faut ensuite se demander d'après quelle loi,

(1) Cette division des actions n'a pas été adoptée par toutes les législations étrangères, et elle a été notamment rejetée par la loi belge du 25 mars 1876.

française ou étrangère, le tribunal devra apprécier les droits des parties. De ces deux questions, la première seule doit nous occuper. Quel est le juge compétent? Tel est le problème que nous allons chercher à résoudre. Nous n'examinons pas d'après quelle législation le procès doit être jugé dans telles ou telles circonstances données. Nous avons tenu à faire cette observation, car ces deux difficultés nous paraissent tout-à-fait indépendantes et c'est à tort, selon nous, que des auteurs et la jurisprudence ont voulu y voir deux questions intimement unies et devant recevoir une solution identique.

I. — Actions réelles immobilières.

3. — Aux termes de l'article 3 § 2 du Code civil, « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ». « La Souveraineté, disait Portalis, est indivisible; elle cesserait de l'être, si les portions d'un même territoire pouvaient être régies par des lois qui n'émaneraient pas du même Souverain. Il est donc de l'essence même des choses que les immeubles dont l'ensemble forme le territoire public d'un peuple, soient exclusivement régis par les lois de ce peuple, quoiqu'une partie de ces immeubles puisse être possédée par des étrangers (2). »

En vertu de la distinction que nous avons établie entre la compétence du juge et la loi à appliquer, nous ne voudrions pas, sans doute, décider que de cet article il résulte nécessairement que les tribunaux français doivent être compétents, toutes les fois que l'immeuble est situé en France; mais, d'après l'article 59 § 3 du code de procédure, « en matière réelle, le défendeur doit être assigné devant le tribunal de la situation de l'objet

(2) Locré, t. 1^{er}, p. 582.

litigieux. » Cette disposition doit être appliquée aux contestations dont il s'agit, comme à celles qui s'élèvent entre Français, puisqu'il résulte des articles 14 et 15, C. civ., que nos tribunaux sont, en principe, compétents pour statuer sur les procès entre Français et étrangers, et que le législateur n'a édicté aucune règle spéciale en ce qui concerne les actions réelles. Cette compétence résulte d'ailleurs de la nature même des actions dont il s'agit, car c'est à raison de la situation de l'objet du litige que le tribunal est compétent, indépendamment de la nationalité des parties en cause, et l'on comprend que la juridiction française, comme la Souveraineté dont elle émane, s'étende sur tous les immeubles qui font partie du territoire français. Ce tribunal est aussi plus à même que tout autre de terminer promptement le procès, et d'apprécier certaines circonstances que l'examen des lieux, où l'usage de l'endroit peut seul expliquer (3).

Le principe que nous venons de poser est tellement absolu, à raison du fondement sur lequel il repose, que l'on devrait reconnaître la compétence du tribunal français de la situation d'un immeuble, alors même que l'une des deux parties en cause serait un Etat ou un Souverain étranger. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir sur cette question, en parlant, à propos de l'article 14, de l'immunité de juridiction accordée à ces personnes.

Les tribunaux français sont, au contraire, incompétents pour connaître des actions réelles, relatives à des immeubles situés à l'étranger, alors du moins qu'elles n'ont pas d'autre caractère et ne peuvent être considérées comme actions mixtes, susceptibles, en tant qu'actions personnelles, d'être portées devant les tribunaux français (4). Il en serait autrement, si la question relative à ces immeubles ne se présentait qu'incidemment à une demande dont les juges français auraient été régulièrement saisis (5).

(3) Bonfils, n° 36. — Brocher, *Rev. de Dr. int.* 1873, t. V. p. 412.

(4) Req. rej. 6 janvier 1841. — S. 41, 1, 24.

(5) Req. rej. 19 avril 1852. — S. 52, 1, 802.

4 — La règle de compétence que nous venons d'établir, en ce qui concerne les actions réelles, a été consacrée plusieurs fois par des conventions diplomatiques. Le traité entre la France et la Suisse, fait à Zurich le 18 juillet 1828, et dont la publication a été prescrite par une ordonnance du 31 décembre de la même année, porte dans son article 3 § 2 : « Dans les affaires litigieuses ayant pour objet des propriétés foncières, l'action sera suivie par devant le tribunal ou magistrat du lieu où ladite propriété est située » (6).

Le traité du 15 juin 1869 qui est venu remplacer celui de 1828, s'occupe également des actions réelles, dans son article 4, qui est ainsi conçu : « En matière réelle ou immobilière, l'action sera suivie devant le tribunal du lieu de la situation des immeubles. Il en sera de même dans le cas où il s'agira d'une action personnelle concernant la propriété ou la jouissance d'un immeuble » (7). Il résulte du protocole annexé à cette convention, que par ces dernières expressions on a voulu prévoir le cas où un Français propriétaire en Suisse, ou un Suisse propriétaire en France, serait actionné en justice, soit par des entrepreneurs qui ont fait des réparations à l'immeuble, soit par un locataire troublé dans sa jouissance, soit enfin par toute parsonne qui, sans prétendre droit à l'immeuble même, exercerait contre le propriétaire, en cette qualité, des droits purement personnels. La question de savoir quelle est la véritable nature des actions naissant du contrat de bail, a donné lieu à des controverses en France. Quelle que soit la solution que l'on doive donner à cette question, nous pensons qu'il y aurait lieu de consacrer dans notre législation, au point de vue de la compétence, la règle spéciale établie par le traité de 1869.

D'après les termes généraux dans lesquels a été rédigée la dernière partie de l'article 4 de cette convention, il faudrait no-

(6) S. lois annotées, 1789 à 1830, p. 1196 et 1197.

(7) S. lois annotées, 1869, p. 429.

tamment y comprendre l'action portant sur un abus de jouissance reproché au défendeur, comme locataire d'un immeuble. Dans ce cas, le défendeur, citoyen suisse, ne pourrait exciper de son extranéité pour demander son renvoi devant les juges de son pays (8). Il a été jugé, au contraire, que l'action en paiement du prix de vente d'un immeuble n'est pas une action personnelle concernant la propriété ou la jouissance d'un immeuble, et ne tombe pas sous l'application de l'article 4 du traité de 1869 (9).

II. — Actions mixtes.

5. — L'action mixte peut être considérée, soit comme action personnelle, soit comme action réelle. Elle pourra donc toujours être portée devant les juges de notre pays, toutes les fois qu'il s'agira d'un immeuble situé dans le ressort d'un tribunal français (10). Si, au contraire, l'action est relative à un immeuble situé à l'étranger, nos tribunaux ne pourront en connaître qu'autant qu'elle rentrera dans leur compétence, d'après les règles que nous allons exposer sur les actions personnelles (11).

Nous aurions pu nous demander ici si l'action en partage d'une succession doit, à raison même de sa nature, être de la compétence du juge du lieu où la succession est ouverte, ou si, au contraire, elle ne doit pas être considérée, comme une action mixte ordinaire, susceptible, en tant qu'action réelle, d'être portée devant le tribunal de la situation des biens à partager;

(8) Trib. civ. Marseille, 18 novembre 1874. — *Journ. Dr. intern.*, 75, p. 432, n° 9.

(9) Trib. civ. Seine, 13 novembre 1874. — *Journ. Dr. intern.*, 76, p. 268.

(10) Bordeaux, 18 décembre 1846. — *Dal.* 47, 2, 43.

(11) Douai, 3 avril 1848. — *S.* 48, 2, 625. — Nancy, 10 juin 1871. — *S.* 71, 2, 130.

mais nous aurons l'occasion d'examiner plus loin cette question, en recherchant quelle est la portée des articles 14 et 15 du Code civil. (n° 102 et 206.)

III. — Actions personnelles ou mobilières.

6. — C'est à dessein que nous plaçons sur la même ligne les actions personnelles et les actions réelles mobilières. Sans doute, l'action réelle mobilière, comme l'action purement personnelle immobilière, sera rare dans notre droit actuel, par suite de la règle : « qu'en fait de meubles, la possession vaut titre » (art. 2279, C. civ.), et de l'article 1138 du Code civil, d'après lequel la convention de donner est par elle-même translatrice de la propriété de la chose qu'elle a pour objet, en même temps qu'elle est génératrice d'obligations. Ces différentes actions, quoique peu fréquentes, peuvent cependant se rencontrer, et nous croyons que l'action réelle mobilière doit, au point de vue qui nous occupe, être placée sur la même ligne que l'action personnelle, et soumise à l'application des articles 14 et 15 du Code civil (12). Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir plus longuement sur ce point, en parlant des procès entre étrangers, et ce que nous dirons pour justifier cette assimilation, sera toujours vrai, quelle que soit la nationalité des parties en cause.

Nous réunirons donc dans un même groupe les actions personnelles et les actions mobilières, quant à l'exposition des principes de compétence. Ces principes sont différents, selon que l'étranger joue le rôle de demandeur, ou de défendeur au procès. Notre étude se divise donc tout naturellement en deux chapitres : le premier, relatif aux actions personnelles ou mobilières, intentées par un étranger contre un Français, et le second,

(12) Bonfils, n° 36.

relatif aux procès dans lesquels le Français joue le rôle de demandeur contre un étranger. Nous étudierons d'abord la disposition de l'article 15, bien qu'elle ne soit pas la première dans l'ordre du Code, parce que, dans la plupart des cas du moins, cette disposition conduit purement et simplement à l'application de la règle générale : *actor sequitur forum rei*.

A propos de l'article 15, nous nous proposons d'examiner successivement quels en sont les motifs, quelles sont les personnes qui peuvent s'en prévaloir, ou contre lesquelles on peut l'invoquer, pour l'exécution de quelles obligations et devant quel tribunal. Nous étudierons ensuite les règles relatives à la garantie que le législateur a accordée au Français plaidant contre un étranger demandeur, et nous rechercherons enfin quelle est la portée et quelle est la nature de cette disposition.

CHAPITRE PREMIER

De l'étranger demandeur contre un Français. — Motifs de l'article 15.

7. — C'est un droit reconnu à l'étranger par les nations civilisées, que celui de se porter demandeur contre un régnicole devant les tribunaux du pays, pour obtenir l'exécution des obligations contractées par ce dernier, soit dans sa patrie, soit à l'étranger (13). Cette faculté lui était déjà reconnue dans notre ancien droit (13 *bis*), et c'est aussi ce principe que les rédacteurs

(13) Fœlix, t. 1^{er}, n° 128, p. 281. — Bonfils, n° 105.

(13 *bis*) Boullenois, *De la personnalité et de la réalité des lois*, t. 1^{er}, p. 607 et 609. — Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, t. VIII, étranger, § 5.

du Code ont consacré d'une manière formelle dans l'article 15, C. civ., qui est ainsi conçu : « Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger. » En examinant les travaux préparatoires, on voit que la rédaction primitive de cet article était quelque peu différente, et qu'elle a subi plusieurs modifications avant d'être arrêtée d'une manière définitive. L'article 8 du projet de la Commission du Gouvernement portait : « Un Français peut être traduit devant un tribunal de France pour l'exécution d'actes permis aux étrangers, quoiqu'ils aient été consentis en pays étranger (14) ». Le tribunal de cassation fit observer que tous actes étant permis aux étrangers d'après le projet, la faculté pour un étranger de traduire un Français devant un tribunal de France, pour l'exécution d'actes consentis en pays étranger, ne devait pas avoir l'apparence de restriction que semblait indiquer la disposition, rédigée par la Commission du Gouvernement (15). Lors de la discussion au Conseil d'Etat, dans la séance du 6 thermidor an IX, M. Røederer propose d'ajouter au texte du projet ces mots : avec des étrangers. D'un autre côté, après quelques observations échangées entre plusieurs conseillers d'Etat, sur le danger de favoriser la fraude des parties, en leur permettant d'aller passer des actes à l'étranger pour échapper aux droits d'enregistrement, M. Tronchet réclame la substitution du mot : obligations, au mot : actes, afin de rendre cette disposition plus précise (16). Ce fut également sur la proposition de M. Tronchet que, dans la séance du 14 thermidor an IX, on ajouta : même avec un étranger, à l'article 11 du projet, qui devint l'article 15 de notre Code, tel que nous le voyons aujourd'hui (17). Remarquons enfin que la section du

(14) Fenet, *Travaux préparatoires*, t. II, p. 9.

(15) Fenet, *loc. cit.*, p. 423.

(16) Fenet, *Discussions*, t. II, p. 14.

(17) Fenet, *loc. cit.*, p. 34.

Tribunat avait soulevé la question de savoir si cette disposition législative devait être placée dans le Code civil, et qu'elle avait demandé son renvoi au Code judiciaire, en faisant observer qu'elle renferme une règle de compétence ; mais cette observation ne fut pas prise en considération et le tribun Gary, dans son discours au Corps législatif (séance du 17 ventose an XI), déclara qu'il y avait avantage à présenter aux étrangers dans un cadre étroit et unique, leurs droits et leurs obligations (18).

8. — Dans son discours au Corps législatif (séance du 11 frimaire an X), lors de la présentation du projet, M. Boulay (de la Meurthe) justifiait l'adoption de l'article 15 par le désir d'établir une juste réciprocité à l'égard des étrangers, qui peuvent être cités en France par un Français (art. 14). « Réciproquement, dit-il, si le Français a contracté en pays étranger avec un étranger, nous accordons à celui-ci la faculté de le traduire devant les tribunaux de France, car si nous ne voulons pas que le Français soit victime de la mauvaise foi de l'étranger, nous ne voulons pas non plus que l'étranger soit victime de la mauvaise foi du Français. On ne peut pas porter plus loin l'esprit de justice et d'impartialité (19). »

Il y a, sans doute, analogie entre les articles 14 et 15, en ce sens que l'étranger qui peut être traduit devant les tribunaux de France, pourra à son tour actionner son débiteur français devant ces mêmes tribunaux ; mais, d'un autre côté, une différence profonde sépare ces deux règles, et, tandis que l'une est la consécration du principe qui veut que le défendeur soit assigné devant ses juges naturels, l'autre, au contraire, constitue une dérogation vraiment exorbitante à ce principe. Pour établir une véritable analogie, il aurait fallu, selon nous, consacrer pour l'étranger, dans l'article 14, la règle admise pour le Français

(18) Locré, t. II, p. 287 et 344.

(19) Fenet, *Discussions*, t. II, p. 146.

dans l'article 15, et cela par une réciprocité bienveillante et de nature à favoriser les bonnes relations entre les États.

Quelle que soit d'ailleurs la valeur de ce motif, indiqué par M. Boulay, il est certain que le législateur devait reconnaître à l'étranger, comme il l'a fait, le droit de venir demander aux tribunaux de notre pays la réparation du dommage causé par un Français, ou l'exécution des obligations par lui contractées. Il le devait, disons-nous, d'abord dans l'intérêt du Français lui-même, qui ne peut se plaindre de comparaître devant ses juges naturels et qui doit, au contraire, se féliciter d'être traduit devant la justice de son pays, dans laquelle il peut avoir toute confiance. D'un autre côté, en édictant cette règle, le législateur obéissait à une idée de justice à l'égard des étrangers. Sans l'article 15, en effet, ils n'auraient pu arriver à l'exécution des engagements contractés envers eux, si le Français, leur débiteur, n'avait laissé aucun bien à l'étranger, ou tout au moins, après avoir obtenu dans ce pays un jugement de condamnation, ils auraient dû s'adresser à nos tribunaux pour leur demander d'accorder à ce jugement la force exécutoire. Il y aurait eu là un circuit d'actions que la loi française devait éviter au créancier étranger, en lui permettant d'actionner directement en France son débiteur français.

SECTION I.

Qui peut invoquer l'article 15.

9. — Tout étranger, quelle que soit sa nationalité, devra être admis à invoquer l'article 15 pour citer son débiteur français devant les tribunaux de son pays, peu importe d'ailleurs qu'il ait son domicile en France ou dans sa patrie d'origine. A plus forte raison pourra-t-il être invoqué par les étrangers autorisés légalement à fixer leur domicile en France, qui jouissent de tous les droits civils et peuvent se prévaloir des règles ordinaires de

compétence, édictées pour les Français par l'article 59, C. pr.

L'article 15 renferme une disposition absolue, conçue dans les termes les plus généraux, et qui n'est pas subordonnée au principe de la réciprocité. Nous ne trouvons, en effet, aucune trace de cette condition, et c'est en vain que le Français défendeur invoquerait l'article 11, qui n'a pas trait à la question, car toutes les fois qu'un texte formel reconnaît un droit au profit d'un étranger, il n'y a pas à se préoccuper du point de savoir si la nation de l'étranger qui réclame un tel bénéfice, accorde les mêmes avantages aux Français. A vrai dire, il eût été inutile de parler de cette réciprocité, car partout où règne la civilisation chrétienne, l'étranger n'est pas repoussé du sanctuaire de la justice, quand il poursuit le national devant les tribunaux de son pays. D'ailleurs, comme nous l'avons fait remarquer, le Français a tout intérêt à être soumis à son juge naturel, et c'eût été le priver de cette garantie que de refuser à l'étranger l'accès de nos tribunaux, par cela seul qu'il ne serait pas admis à porter son action devant les juges du pays de cet étranger.

Concluons donc que les tribunaux français doivent accueillir la demande formée par un étranger contre un Français, obligé envers lui, malgré les obstacles que ce dernier rencontrerait devant les tribunaux étrangers (20). C'est ce qui a été jugé par un arrêt de la Cour de Colmar du 27 août 1816 dont les considérants renferment le passage suivant : « Attendu qu'au nombre des droits civils, mentionnés dans l'article 11 du Code civil, n'est pas celui de poursuivre en justice l'accomplissement d'une obligation contractée par un indigène, droit qu'accordent à chaque étranger toutes les nations civilisées ; — qu'en excipant d'un prétendu droit de représailles, le premier juge est sorti de la sphère de ses attributions, qui n'étaient que de faire droit aux

(20) Dal. n° 246. — Bonfils, n° 107. — Massé, t. I, n° 674, p. 633. — Félix, t. I, n° 130, p. 283.

parties, même étrangères, d'après la loi, sans s'inquiéter de la manière dont les tribunaux étrangers jugent les Français (21)...» Réciproquement, l'étranger demandeur en France, ne peut prétendre à des avantages que lui assurent les lois de son pays, lorsque celles de la France les lui refusent, et vainement il justifierait que dans sa patrie le demandeur français jouit des mêmes avantages (22).

10. — Le droit de plaider en France contre un Français, doit-il être refusé à l'étranger dont la nation est en guerre avec la France? Sans doute, l'état de guerre rendra souvent difficile l'exercice d'une action en France, mais cette difficulté ne saurait prouver contre l'existence du droit que l'étranger puise dans l'article 15, et qui doit lui être reconnu en temps de guerre aussi bien que pendant la paix. Cet événement ne saurait, en effet, paralyser que les droits qui touchent à des considérations politiques, et la faculté accordée à l'étranger n'étant subordonnée par la loi à aucune exception pour le cas de guerre, on doit lui permettre de l'exercer en tout temps (23).

Il existe, il est vrai, un arrêté du 19 messidor an XI qui défend aux tribunaux français d'accueillir, à dater de sa publication, les poursuites ayant pour objet le paiement d'engagements contractés pour fait de commerce par des négociants français envers des Anglais, et qui suspend les instances déjà pendantes et relatives à cet objet, ainsi que l'exécution des jugements qui auraient pu être rendus ; mais il n'y a là qu'un arrêté dont les dispositions sont spéciales aux Anglais, et le fait même de sa publication prouve que le Gouvernement ne regardait pas comme une conséquence normale de l'état de guerre, la suspension du droit de poursuite de l'étranger et des instances déjà engagées. Il n'y a donc là qu'un acte rédigé dans un

(21) C. n. 5, 2, 193.

(22) Fœlix, *loc. cit.* — Civ. rej. 10 août 1813. — C. n. 4, 1, 414.

(23) Dal. n° 248.

moment d'animosité et de colère ; il n'y a là qu'une exception apportée momentanément au droit commun, et qui répugnerait aujourd'hui à notre politique et à notre civilisation (24).

11. — Les personnes morales étrangères pourront, comme les particuliers, invoquer le bénéfice de l'article 15. Nous touchons ici à une question qui a soulevé de longs débats : celle de savoir quelle est devant la justice française, la situation légale des sociétés étrangères, et particulièrement des sociétés anonymes. Notre législation sur ce point a traversé deux périodes bien différentes que nous nous proposons de parcourir rapidement : l'une s'étend depuis la promulgation du code de commerce jusqu'à la loi du 30 mai 1857 ; l'autre comprend le temps écoulé depuis cette loi.

12. — PREMIÈRE PÉRIODE. — Plaçons-nous d'abord avant la loi du 30 mai 1857.

Il ne paraît pas qu'avant cette époque on ait jamais mis en doute, le droit des sociétés étrangères en nom collectif ou en commandite de plaider en France contre des Français, comme tout autre étranger. C'est en vain que l'on prétendrait qu'à la différence des personnes physiques, la personne morale n'existe pas par elle-même, que c'est la loi qui la crée et que, par suite, elle n'a d'existence et ne peut avoir de droits que dans les limites du territoire sur lequel s'étend la Souveraineté dont la loi est l'organe. En effet, il n'est pas très-exact de dire que les personnes individuelles existent par elles-mêmes, au point de vue juridique, et indépendamment des dispositions de la loi. N'est-ce pas, au contraire, la loi qui crée leur personnalité sous ce rapport, en

(24) Merlin atteste qu'autrefois, pendant la guerre, un sujet d'une domination ennemie ne pouvait agir contre les sujets du roi, et que l'arrêté du 19 messidor an XI n'avait fait que renouveler pour les affaires commerciales seulement, une maxime de notre ancien droit public qui fut rappelée en 1704 au Parlement de Douai — Répert. guerre, n° 1, où se trouve également rapporté l'arrêté de l'an XI.

déterminant les conditions de leur capacité? Pourquoi, dès lors, les sociétés dont nous parlons ne pourraient-elles pas, comme les personnes physiques, invoquer le droit établi par l'article 15, alors que la loi ne fait aucune distinction? « Cette reconnaissance en France, dit M. Lyon-Caen, de l'existence des sociétés étrangères en commandite ou en nom collectif, se déduit logiquement du principe de droit international, selon lequel les lois relatives à l'état et à la capacité des personnes, suivent les nationaux, même à l'étranger (art. 3, C. civ.) La loi qui reconnaît l'existence et la personnalité des sociétés, crée en quelque sorte la personne morale elle-même (25). »

Nous devons dire toutefois que l'on a soutenu dans ces derniers temps, une doctrine qui refuse aux personnes morales toute existence et tous droits, en dehors des limites de l'Etat dans lequel elles sont reconnues. Selon M. Laurent (26), ces personnes ayant été établies pour le service public national, leur vie fictive est limitée par cela même au territoire de la nation. Leur existence toute relative et leurs droits tout particuliers sont circonscrits dans les limites de ce qui est nécessaire pour atteindre le but pour lequel elles ont été créées. Par cela seul qu'elles n'ont pas besoin d'exister à l'étranger, elles n'y ont aucune raison d'être et, par suite, ne peuvent y exercer aucun droit.

Nous ne saurions partager cette opinion et il nous paraît tout-à-fait inexact de limiter, comme le fait M. Laurent, la sphère dans laquelle la personne morale existe et peut exercer ses droits. En effet, quand le législateur reconnaît une société comme personne morale, il semble bien évident qu'il a voulu par là lui assurer tous les droits dont jouit chaque membre de l'Etat,

(25) *Condition légale des Sociétés étrangères en France*, p. 12.

(26) *Principes de droit civil*, t. I, p. 399. Voyez dans le même sens, les Conclusions de M. Leclercq, procureur général, devant la Cour de Cassation de Belgique. — Dal. 47, 2, 171.

pris individuellement, sauf les restrictions qu'il lui est toujours permis d'apporter à l'étendue de sa capacité. Comment d'ailleurs, sans tomber dans l'arbitraire le plus absolu, déterminer d'une façon bien précise le but de cette existence toute relative, et les droits indispensables pour l'atteindre? Pourquoi limiter au commerce intérieur l'action de sociétés, créées pour faire le commerce sans aucune restriction? Comment comprendre surtout qu'après avoir donné à ces sociétés l'existence légale, le législateur leur ait en même temps interdit de faire à l'étranger des opérations, sans lesquelles leur existence deviendrait peut-être impossible? (27).

13. — La question que nous venons d'examiner, souleva de nombreuses difficultés en ce qui concerne les sociétés anonymes étrangères, auxquelles on contesta le droit de plaider en France contre des Français, en prétendant que leur existence légale devait cesser à la frontière, si elles n'avaient pas reçu de notre Gouvernement une autorisation spéciale, équivalant à l'autorisation exigée pour les sociétés anonymes françaises par l'article 37, c. com. Cette prétention fut, en effet, soutenue, par l'administration qui maintint toujours la nécessité de l'autorisation pour les sociétés anonymes étrangères. C'est ce qui fut déjà décidé en 1815, à l'égard d'une société anglaise d'assurances contre l'incendie, qui se présentait sous le titre distinctif : de compagnie du *Phénix*, pour assurer des propriétés en France. En 1828 la concurrence étant devenue, paraît-il, plus active et moins loyale, l'administration du *Phénix* français adressa une plainte au ministre de l'intérieur, et celui-ci fit connaître aussitôt que la société anglaise n'étant pas autorisée par le Gouvernement français, ne pouvait se faire connaître en France que par une raison de commerce contenant des noms d'associés, et non sous une dénomination tirée de son objet, ce qui constitue la société

(27) Merlin, répert. *main-morte*, § 7, n° 2. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 bis, p. 143. — Bonfils, n° 109. — Fœlix, t. I, n° 31.

anonyme. La même réponse fut faite encore à d'autres époques et notamment en 1837, au maire de Lyon, à propos de la société impériale continentale, établie à Londres (28).

Telle était la jurisprudence de l'administration, et nous croyons que telle devait être aussi la seule règle à suivre. En effet, la nécessité de l'autorisation du Gouvernement (art. 37, C. com.) a été motivée par la situation périlleuse dans laquelle pourraient se trouver les tiers, en face d'une société qui n'a ni associés, ni gérants qui répondent des obligations sociales, à la différence des sociétés en nom collectif ou en commandite. L'examen préalable du Gouvernement, l'appréciation qu'il a pu faire de la réalité des capitaux engagés et des garanties sociales offertes au public, enfin l'approbation donnée aux statuts, voilà pour les tiers des motifs sérieux de confiance, et pour l'ordre public des gages de sécurité. On peut donc dire que la société anonyme française est soumise pour sa validité à une loi d'ordre public. C'est ce que constatait Cambacérès, quand il résumait ainsi les motifs qui avaient déterminé les rédacteurs du Code de commerce, à exiger l'autorisation du Gouvernement : « L'ordre public est intéressé dans toute société qui se forme par actions, parce que trop souvent ces entreprises ne sont qu'un piège tendu à la crédulité des citoyens (29)..... »

Il en résultait que l'autorisation du Gouvernement français était indispensable aux sociétés anonymes étrangères, pour qu'elles pussent agir en France en leur qualité de personnes morales, car, en admettant, comme nous l'avons fait, que les sociétés, en général, soient régies par le principe, d'après lequel les lois personnelles suivent les nationaux dans les autres pays, ce principe pour elles, comme pour les personnes physiques, ne saurait recevoir son application, dès que ces lois se trouvent en

(28) Rapport fait par M. Bertrand, député au Corps législatif. — Dal. 1857, 4, 76 et s.

(29) Loqué, t. XVII, p. 192.

conflit avec des lois d'ordre public françaises. Ces dernières obligent, en effet, les étrangers en France, aussi bien que les nationaux, alors même qu'elles ne sont pas conformes à leurs lois personnelles (art. 3, C. civ.). Décider le contraire, c'eût été exposer nos concitoyens à des dangers et à des surprises, c'eût été créer un privilège en faveur des sociétés étrangères, et les affranchir d'une obligation imposée aux sociétés françaises. Il est vrai que dans beaucoup de pays, la société anonyme est soumise à l'autorisation du Gouvernement, mais on ne saurait en conclure que cette autorisation constitue pour les nationaux une garantie suffisante. Ils auraient pu, en effet, se trouver en face d'une société qu'ils avaient de justes motifs de croire sérieuse, et dont l'existence avait été autorisée avec trop de facilité, peut-être même à la légère (30).

14. — Cette jurisprudence de l'administration ne fut pas celle des tribunaux français. Ils regardèrent comme bonnes et suffisantes les garanties acceptées par le Gouvernement étranger, et admirèrent les sociétés anonymes à plaider devant eux, sans exiger d'elles l'autorisation du Gouvernement français. Le droit des sociétés étrangères de plaider en France, ne leur était d'ailleurs pas contesté par les défenseurs français. C'est ce qui est constaté dans le rapport fait sur la loi belge du 14 mars 1855, dans lequel nous lisons le passage suivant : « Toutes les sociétés étrangères sont admises en ce pays (en France), à faire valoir leurs droits en justice (31). » C'est ainsi encore que dans son rapport sur la loi française de 1857, M. Bertrand constate que le Pouvoir n'a jamais renoncé au droit d'autorisation qui lui appartient, et, qu'il s'est, au contraire, appliqué à le maintenir, mais que la jurisprudence n'en a pas moins persisté à

(30) Bonfils, n° 109. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, p. 143. — Duvergier, collection des lois, 1857, p. 112, note 1.

(31) Dal. 57, 4, 75, note 2.

admettre les sociétés anonymes étrangères à exercer leurs actions devant la justice (32).

Cette jurisprudence ne doit pas être approuvée, comme nous l'avons déjà dit, et telle paraissait être aussi l'opinion du même rapporteur, quand il qualifiait « d'interprétation plus généreuse qu'exacte », celle qui permettait ainsi à toutes les sociétés étrangères d'agir en France sans autorisation.

15. — De vives controverses avaient été soulevées aussi en Belgique, sur la question de savoir si les sociétés anonymes étrangères pouvaient être reconnues comme personnes morales, et partant, si elles avaient qualité pour ester en justice en nom propre. Des décisions contraires avaient été rendues par les tribunaux de ce pays. C'est ainsi que le tribunal de Gand avait décidé que ces sociétés pouvaient, sans être pourvues de l'autorisation du Gouvernement belge, réclamer devant les juridictions de Belgique, l'exécution des engagements contractés à leur profit (33). Il avait été jugé, en sens contraire, que l'autorisation du roi leur était nécessaire pour qu'elles pussent se prévaloir de leur capacité et de leur existence légale (34). La Cour de cassation semblait avoir tranché la question, dans un arrêt du 22 juillet 1847, par lequel elle cassa le jugement du tribunal de Namur du 10 juin 1846, et décida que la compagnie française : *La France*, était recevable à réclamer en justice, l'exécution des engagements que des sujets belges avaient contractés envers elle (35). La Cour fonde cette décision sur ce qu'aux termes de l'article 3 du code civil, les lois concernant l'état et la capacité des personnes, régissent le Belge même résidant en pays étranger, en inférant de là que, par réciprocité,

(32) Dal. 57, 4, 76.

(33) 20 juillet 1846. — Dal. 1847, 3, 68.

(34) Juge de paix de Mons, 25 novembre 1845. — Dal. *loc. cit.* — Trib. de Namur, 10 juin 1846, sur cassat. — Dal. 47, 2, 171.

(35) Dal. 47, 2, 172.

les lois étrangères doivent régir les étrangers en Belgique, et cela, sans distinguer entre les personnes morales et les personnes physiques, attendu que la loi ne fait aucune distinction.

Toutefois, un changement ne tarda pas à s'opérer dans les appréciations de la justice, et, il faut bien le dire, de même que ce fut de la part des tribunaux belges que surgirent les premières hésitations, de même aussi ce fut cette jurisprudence qui donna le signal de ce revirement d'opinion, aussi brusque qu'inattendu. Le 8 février 1849, un arrêt de la Cour de Cassation (36) décida que la société anonyme étrangère n'avait point d'existence légale et ne pouvait ester en justice, sans avoir été préalablement autorisée par le roi des Belges. La Cour faisait remarquer que l'extension du statut personnel n'est pas admise, toutes les fois que l'application de la loi étrangère dans un Etat, serait de nature à compromettre la tranquillité intérieure et l'ordre public.

Cette opinion émise, par la première Cour de justice de Belgique, eut pour résultat, comme le fait observer le rapporteur de la loi de 1857, de jeter la perturbation dans les relations commerciales des deux pays, et de soulever de nombreuses et pressantes réclamations. Le Gouvernement français intervint, des négociations furent entamées et aboutirent à la convention du 27 février 1854, par laquelle le Gouvernement belge s'engageait à présenter aux Chambres législatives, dans le délai d'un an, un projet de loi ayant pour objet d'autoriser les sociétés anonymes, légalement constituées en France, à exercer leurs droits et à ester en justice en Belgique, à charge de réciprocité de la part de la France. Le 14 mars 1855 fut, en effet, promulguée la loi belge dont l'article 1^{er} est ainsi conçu :

« Les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières, qui sont soumises à l'autorisation du Gouvernement français et qui l'auront obtenue, pourront

(36) Cité dans le rapport sur la loi de 1857. — Dal. 57, 4, 77.

exercer tous leurs droits et ester en justice en Belgique, en se conformant aux lois du royaume, toutes les fois que les sociétés ou associations de même nature, légalement établies en Belgique, jouiront des mêmes droits en France. »

D'après l'article 3 la réciprocité est constatée, soit par les traités, soit par la production des lois ou actes propres à en établir l'existence (37).

La question semblait donc définitivement tranchée. Les sociétés françaises ne craignirent pas de se présenter devant la justice belge, invoquant comme preuve de la réciprocité exigée par la loi de 1855, l'état de la jurisprudence française, qui n'avait jamais cessé d'être favorable aux sociétés anonymes belges. Il leur fut répondu que ce n'était pas d'une autorité aussi mobile et aussi incertaine que celle de la jurisprudence, que la loi de 1855 avait entendu faire dépendre la réciprocité qui devait régir les sociétés des deux pays.

16. — Ce fut pour mettre fin à ces incertitudes et à ces controverses, et pour établir par voie de disposition législative, la réciprocité admise par la jurisprudence, que fut votée la loi française du 30 mai 1857. Cette loi se compose de deux articles ainsi conçus :

« Art. 1^{er}. — Les sociétés anonymes et les autres associations commerciales, industrielles ou financières, qui sont soumises à l'autorisation du Gouvernement belge et qui l'ont obtenue, peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France, en se conformant aux lois de l'Empire.

« Art. 2. — Un décret impérial, rendu en Conseil d'Etat, peut appliquer à tous les pays le bénéfice de l'article 1^{er}. »

17. — La première de ces dispositions est donc spéciale à la Belgique, et désormais les sociétés anonymes de ce pays pourront, comme les sociétés en nom collectif ou en commandite,

(37) Sur le droit des sociétés étrangères d'ester en justice en Belgique, voyez le n° 112.

exercer leurs droits et plaider en France contre des Français. Ce principe, reconnu depuis longtemps par la jurisprudence, se trouve donc sanctionné par une disposition législative. Comme la Commission de la Chambre belge l'avait déjà fait, lors de la présentation de la loi de 1855, la Commission chargée de rédiger la loi de 1857, s'était demandé s'il n'y avait aucun danger dans cette autorisation générale, qui exempte de tout contrôle préalable en France, les sociétés belges qui se présentent avec l'autorisation de leur Souverain, et s'il ne fallait pas réserver au Gouvernement français le droit d'appréciation et de refus éventuel, le droit de donner une espèce d'exequatur à l'acte du Gouvernement étranger. Mais, après une discussion approfondie, la Commission écarta ces considérations, en faisant remarquer que la facilité et la rapidité des communications avaient amené entre les sociétés de pays différents, un concours et une confiance réciproque que devait accepter et partager le Gouvernement lui-même, et que se réserver le droit d'appréciation et de refus éventuel, serait précisément relever les barrières qu'on voulait abaisser, et détruire tout l'effet que s'était proposé la loi de 1857 (38).

L'article 1^{er} exige toutefois que les sociétés étrangères se conforment aux lois de l'Empire. Par là, il ne les soumet pas à des règles spéciales, et ne fait que leur appliquer les règles générales qui régissent tous les étrangers, sociétés comme individus. Les sociétés étrangères seront donc soumises aux lois françaises, en ce sens qu'elles seront régies par ces lois, toutes les fois qu'un individu étranger y serait soumis.

L'article 1^{er} n'étant qu'un acte de réciprocité de la France à l'égard de la Belgique, en échange des avantages qu'elle accorde à nos sociétés anonymes, l'insertion de la clause de réciprocité y eût été sans utilité et aurait pu, au contraire, impliquer de la part du législateur un sentiment de défiance à l'égard d'un Gouver-

(38) Rapport de M. Bertrand. — Dal. *loc. cit.*

nement ami, en mettant en doute la stabilité de ses résolutions. Restait d'ailleurs le droit de représailles, pour le cas tout-à-fait improbable où les dispositions du législateur belge auraient cessé d'être ce qu'elles étaient en 1855 (39).

Ajoutons enfin que les sociétés belges, ou celles faisant partie d'un pays auquel a été étendu le bénéfice de cette loi, ne sauraient se prévaloir de leurs droits en France qu'autant que leur objet ne sera pas contraire à l'ordre public. Il est bien évident, par exemple, que la justice française ne saurait admettre une demande formée par une société, ayant pour objet le trafic des esclaves. Il faudrait donner la même solution, alors même que l'objet de la société ne serait contraire qu'à une règle d'ordre public spéciale à la France, dans le cas du moins où l'acte de société devrait recevoir son exécution en France (40).

Dans son article 2, la loi de 1857 autorise le Gouvernement français à accorder par décret, rendu en Conseil d'Etat, le même bénéfice aux sociétés des autres pays, et le même pouvoir était conféré au Gouvernement belge par l'article 2 de la loi de 1855.

18. — Recherchons d'abord quelles sont les sociétés qui doivent être pourvues de cette autorisation afin de pouvoir agir devant les tribunaux français, comment et à quelles conditions leur sera donnée cette autorisation. Nous examinerons ensuite quelle est la situation de celles qui ne l'ont pas obtenue.

La loi de 1857, comme le constate le rapporteur, s'applique particulièrement aux sociétés anonymes et aux autres associations qui, sans être anonymes, sont néanmoins soumises à l'autorisation préalable, comme intéressant l'ordre, la morale et la sécurité publiques. La loi, en principe, laisse donc en dehors de son action les sociétés étrangères en nom collectif ou en com-

(39) Rapport de M. Bertrand. — Dal. *loc. cit.*

(40) Paris, 22 fév. 1849. — S. 49, 2, 105. — Cpr: Paris 31 mars 1849. — Dal. 1849, 2, 214.

mandite. Les tiers trouvent, en effet, une garantie très-importante dans la responsabilité de tous les associés ou de certains associés. Il y a des pays où certaines sociétés par actions, sans être des sociétés anonymes, sont soumises à l'autorisation préalable du Gouvernement et ne pourront, par conséquent, plaider en France qu'en vertu d'un décret rendu en exécution de la loi du 30 mai 1857. Si, au contraire, la société est dispensée de cette autorisation pour exister et agir dans le pays étranger, elle aura de même la liberté d'agir en France sans cette condition (41), alors du moins qu'elle n'est pas non plus soumise à cette nécessité par la loi française.

Le législateur français n'est donc pas parti d'un point de vue purement personnel ; il s'est, pour ainsi dire, soumis aux idées du législateur étranger, et a adopté son appréciation sur le point de savoir s'il y avait ou non des inconvénients à ce que telle ou telle société existât sans autorisation.

19.—Pour que les sociétés constituées à l'étranger et soumises à l'autorisation du Gouvernement, puissent agir en France, comme les sociétés belges, il faut, aux termes de l'article 2, que ce bénéfice leur ait été accordé par un décret rendu en Conseil d'Etat. Cette autorisation donnée par un décret, est loin d'être identique à celle qui était exigée par l'article 37 C. com., et qui l'est encore aujourd'hui par l'article 66, § 1^{er} de la loi du 24 juillet 1867. C'était, en effet, d'une autorisation spéciale qu'il s'agissait dans l'article 37, et le Gouvernement l'accordait à chaque société, après examen de ses statuts par le Conseil d'Etat. L'autorisation dont parle la loi de 1857 a, au contraire, un caractère général ; c'est un bénéfice qui s'applique à toutes les sociétés d'un pays déterminé, après que le Gouvernement s'est assuré que les conditions qui leur sont imposées, et le contrôle exercé sur elles par le Gouvernement étranger, sont de nature

(41) Paris 25 mars 1873. — Dal. 1875, 2, 17.

à présenter des garanties suffisantes et à inspirer toute confiance.

Il dépend du Gouvernement français de donner ou de refuser l'autorisation exigée par la loi de 1857. Il peut donc aussi en restreindre l'étendue et autoriser à agir en France spécialement certaines sociétés d'un pays, à l'exclusion des autres. Cette faculté donne au Gouvernement l'avantage d'admettre en France les sociétés sérieusement constituées, tout en refusant les mêmes droits à celles qui ne présentent aucune garantie, malgré l'autorisation préalable qui pourrait ne constituer qu'une simple formalité aux yeux du Gouvernement étranger.

20. — Les sociétés étrangères peuvent être autorisées à agir en France, non-seulement par un décret rendu en Conseil d'Etat, mais encore par un traité diplomatique, conclu avec le Gouvernement étranger. L'autorisation peut être donnée aux sociétés d'un autre pays, soit par la voie diplomatique, au moyen d'un traité, soit par la voie administrative, au moyen d'un décret. La question s'est présentée à propos du traité du 30 avril 1862, signé entre la France et l'Angleterre. Il y a, en effet, en Angleterre des sociétés qui ne sont pas soumises à l'autorisation du Gouvernement anglais, et dans lesquels les associés ne sont tenus des dettes sociales que jusqu'à concurrence de leurs apports. Une autorisation donnée aux sociétés anglaises par la voie administrative, aurait pu donner lieu à des difficultés, attendu que la loi de 1857 ne comprend pas dans ses dispositions ces sociétés à responsabilité limitée, et dispensées de toute autorisation. C'est pourquoi, ainsi que le fit remarquer le Garde des Sceaux, lors de l'arrêt dont nous allons parler, la voie diplomatique fut préférée à la voie administrative. Les termes de ce traité sont, en effet, plus généraux que ceux de la loi de 1857, sa rédaction est plus élastique et comprend toutes les sociétés constituées et autorisées suivant les lois particulières à l'un des deux pays. Le 26 juin 1862, la Cour de Rennes décida qu'un traité, et spécialement celui de 1862 avec l'Angleterre, ne pouvait tenir lieu du

décret exigé par la loi de 1857, qui pouvait seul rendre cette convention diplomatique obligatoire pour les citoyens et pour les tribunaux. Cette opinion ne fut pas admise par la Cour de cassation qui, sur le pourvoi dans l'intérêt de la loi, cassa l'arrêt de la Cour de Rennes (42). La Cour suprême se fonde, et à raison, sur cette considération que la loi de 1857 ne saurait trouver son application, alors que le chef de l'État, comme cela a eu lieu pour la convention de 1862, use de sa prérogative constitutionnelle, et règle avec un Souverain étranger quels seront les droits des sociétés étrangères. Elle en conclut qu'il y a eu violation et fausse application de la convention diplomatique de 1862 et de l'article 2 de la loi de 1857.

21.—Il n'est pas nécessaire que le Gouvernement étranger reconnaisse aux sociétés françaises le droit d'agir sur son territoire, pour que le même droit soit reconnu par le Gouvernement français aux sociétés de ce pays. La loi de 1857 n'impose pas, en effet, au Gouvernement la condition de la réciprocité. Cette question souleva plusieurs objections, et l'on prétendait notamment que le principe de la réciprocité est consacré par l'article 11 du Code civil, qu'il est protecteur des intérêts de tous, et réclamé par le commerce français. Les partisans de l'opinion contraire répondaient que ce principe avait été modifié, toutes les fois qu'un intérêt politique ou commercial avait fait reconnaître la nécessité de cette dérogation, et qu'il convenait, dans la loi actuelle, de laisser au Gouvernement l'appréciation des motifs qui pourraient le déterminer à abandonner, ou à exiger le droit de réciprocité. Il peut se faire, en effet, que, dans telle circonstance donnée, il y ait intérêt à ne pas exiger la réciprocité, alors, par exemple, qu'il s'agit de reconnaître le droit d'ester en justice, à des sociétés dont le genre de commerce serait de nature à offrir à la France des transactions avantageuses ou nécessaires.

(42) 19 mai 1863. — Dal. 63, 1, 218.

La loi belge du 14 mars 1855 (art. 2) imposait, au contraire, la condition de la réciprocité, qui pouvait d'ailleurs être constatée, soit par les traités, soit par la production des lois ou actes propres à en établir l'existence (art. 3).

22. — Les sociétés étrangères, dont nous avons parlé, peuvent donc être autorisées, soit par un traité, soit par un décret général ou spécial. Elles pourront alors exercer leurs droits en France et ester en justice comme demanderesses, pourvu d'ailleurs, comme nous l'avons dit, qu'elles se conforment aux lois françaises et que leur objet n'ait rien de contraire à l'ordre public. Le Gouvernement a déjà souvent fait usage de la faculté que lui reconnaît l'article 2 de la loi de 1857 (43).

23. — Il y a cependant encore des pays auxquels le bénéfice de cette loi n'a pas été étendu. Les sociétés de ces pays pourront-elles ester en justice comme demanderesses, alors même qu'elles n'auraient été habilitées à le faire, ni par un décret spécial, ni par un traité diplomatique ? Cette question est analogue à celle qui se présentait avant 1857 pour les sociétés anonymes de tous les pays étrangers et, comme avant cette époque, nous croyons que la seule solution conforme aux principes, est de décider que ces sociétés ne doivent jamais être reconnues en France et pouvoir y exercer leurs droits, sans une autorisation du Gouvernement français. C'est bien là ce qui semble résulter de la loi de 1857 qui, en exigeant un décret pour que les sociétés étrangères puissent agir en France, suppose par là même que les principes généraux du droit ne suffisaient pas pour faire reconnaître la personnalité de pareilles sociétés. En vain dit-on que le législateur de 1857 n'a pas eu pour but de donner à ces sociétés un droit qu'elles n'avaient pas auparavant, mais seulement de le consacrer par une disposition formelle, afin de le soustraire aux

(43) Pour l'énumération des différents pays auxquels a été étendu le bénéfice de cette loi, voyez la dissertation de M. Féraud-Giraud — *J. dr. int.* 1880, p. 168.

variations de la jurisprudence. Il est certain, en effet, que le législateur lui-même a reconnu les dangers de la jurisprudence antérieure à 1857 et qu'il a voulu y mettre un terme. C'est ainsi que son intention, sur ce point, s'est manifestée clairement dans plusieurs passages du rapport, et notamment dans celui où cette jurisprudence se trouve condamnée comme étant plus généreuse qu'exacte. Nous croyons, du reste, avoir établi que cette solution est aussi la seule conforme au principe qui veut que la loi étrangère cesse de régir les étrangers, dès qu'elle se trouve en conflit avec des lois d'ordre public françaises. Ce principe, vrai avant 1857, l'est encore depuis la promulgation de cette loi, pour les sociétés anonymes étrangères, appartenant à un pays qui ne jouit pas du bénéfice de la loi de 1857.

C'est en ce sens que la question a été tranchée par la jurisprudence, bien qu'avant 1857 elle reconnût à ces sociétés le droit d'agir en France sans autorisation. Plusieurs fois des sociétés de différentes nations se présentèrent devant la justice française, soit pour poursuivre des débiteurs français, soit pour répondre à des poursuites dirigées contre elles par des créanciers français, mais les Cours et tribunaux décidèrent que les actions intentées par ou contre ces sociétés, étaient non recevables tant qu'un décret d'autorisation ne leur avait pas donné la vie sur le sol français (44).

Voici notamment un passage des considérants de l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} août 1860 : « Attendu que la disposition de l'article 37, C. com., qui soumet les sociétés anonymes à la nécessité de l'autorisation du chef de l'Etat, est essentiellement une loi de police et d'ordre public qui, en France, oblige l'étranger tout aussi bien que les Français ; — « Qu'elle a pour but de protéger les régnicoles contre les dangers d'en-

(44) Orléans, 10 mars 1860. — Dal. 60, 2, 126. — 19 mai 1860. — Dal. 60, 2, 127. — Civ. Rej. 1^{er} août 1860. — Dal. 60, 1, 444. — Aix, 17 janvier 1861. — Dal. 61, 2, 177. — Paris, 15 mai 1863. — Dal. 63, 2, 84.

treprises hasardeuses et mal conduites, et que l'on ne comprendrait pas qu'il fût entré dans la pensée de la loi de consacrer un privilège en faveur des sociétés étrangères, et de les affranchir des garanties qu'elle exige des sociétés françaises ; — attendu qu'à cet égard, la loi du 30 mai 1857 ne permet plus aucun doute ; qu'en effet, il est impossible d'admettre qu'une disposition législative et spéciale ait été jugée nécessaire pour autoriser les sociétés régulièrement constituées en Belgique, à ester en justice et à exercer leurs droits en France, si déjà elles avaient trouvé cette autorisation dans le droit commun, et notamment dans l'article 15, C. civ. ; — que la disposition de l'article 2 de la loi de 1857, qui confère au chef de l'Etat le droit d'accorder par des décrets la même autorisation aux sociétés des autres pays, résiste pareillement d'une manière énergique, à l'application que le pourvoi prétend faire aux sociétés étrangères de l'article 15, application qui la rendrait inutile et sans objet..... »

On avait voulu prétendre que cette règle, sanctionnée par la jurisprudence, devait recevoir exception à l'égard des sociétés anonymes suisses, en vertu des différents traités passés avec cette nation, et qui accordent aux Suisses le droit d'ester en justice en France, aux mêmes conditions que les Français. Cette prétention fut repoussée par un arrêt de la Cour d'Orléans du 19 mai, et par un arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} août 1860 (45). Ce dernier arrêt fonde la solution qu'il donne, sur cette considération que les traités se bornent à accorder aux Suisses le droit d'ester en justice en France, aux mêmes conditions que les Français, et que, s'il est vrai qu'ils ne distinguent pas entre les personnes civiles et les personnes naturelles, ils ne disent rien des sociétés soumises à l'autorisation du Gouvernement, et ne reconnaissent par aucune disposition, l'existence en France

(45) Dal., 60, 2, 127. — 60, 1, 444.

de celles qui n'auraient obtenu que l'autorisation du Gouvernement suisse (45 bis).

A côté de cette doctrine absolue, ne tarda pas à s'en former une autre, qui établit une distinction entre les sociétés étrangères demanderesses et les sociétés défenderesses, et, dès 1863, la jurisprudence consacra, en effet, comme nous le verrons en parlant de l'article 14, cette doctrine qui, tout en refusant aux sociétés non autorisées, le droit d'agir en justice comme demanderesses, leur reconnaît cependant une existence de fait, suffisante pour la validité des actions dirigées contre elles.

24. — La loi du 24 juillet 1867 (art. 21) a supprimé la formalité de l'autorisation pour les sociétés anonymes français; mais les sociétés étrangères n'en restent pas moins soumises à la loi de 1857 et à la nécessité d'obtenir l'autorisation dont elle parle. Cette dernière loi n'a été abrogée par la loi de 1867, ni expressément, ni même tacitement; il n'y a aucune incompatibilité entre les dispositions de ces deux actes législatifs, et l'on comprend très-bien, au contraire, que le législateur de 1867 ait cessé d'exiger, en principe, l'autorisation pour les sociétés anonymes françaises, tout en maintenant cette condition pour les sociétés étrangères. La loi de 1867, en effet, exige dans l'intérêt des tiers, la réunion de conditions spéciales, dans le but d'empêcher la fondation de sociétés sans objet sérieux; or, il est impossible d'imposer ces conditions aux sociétés anonymes étrangères, car ce serait apporter un obstacle presque insurmontable au développement des relations commerciales, et autant voudrait leur refuser l'accès sur notre territoire. D'un autre côté, on ne pourrait créer un privilège au profit des sociétés étrangères, et leur donner une liberté absolue que n'ont pas en France les sociétés françaises. On comprend donc que le législateur ait maintenu pour elles l'autorisation générale,

(45 bis) Le bénéfice de la loi de 1857 a été étendu à la Suisse par un décret du 11 mai 1861. — S., *lois annot.*, 1861, p. 52.

exigée par la loi de 1857, afin de permettre au Gouvernement d'examiner si ces sociétés sont soumises à des règles, qui donnent toute sécurité aux Français qui peuvent contracter avec elles. Telle est bien la manière de voir du Gouvernement, qui a accordé des autorisations postérieurement à 1867. Ajoutons que la nécessité de l'autorisation a été réservée pour certaines sociétés (46), et que le maintien de la loi de 1857 ne saurait faire doute pour les sociétés étrangères du même genre (47).

24 bis. — Signalons encore une dernière question, relative à la loi de 1857. Le tribunal de commerce de la Seine a décidé qu'une société anonyme, constituée en Belgique sous le régime de la loi de 1873, c'est-à-dire sans autorisation du Gouvernement belge, ne pouvait ester en justice en France (48). La Cour de Bruxelles a, au contraire, reconnu le droit d'agir en Belgique à une société ayant une existence légale en France, aux termes de la loi du 24 juillet 1867 (48 bis). La solution consacrée par le tribunal de la Seine, est, sans doute, plus conforme à la lettre même de la loi de 1857, qui ne parle que des sociétés qui ont obtenu l'autorisation du Gouvernement belge, et suppose, par conséquent, qu'elles sont soumises à la nécessité de cette autorisation; mais la jurisprudence de la Cour de Bruxelles nous paraît plus conforme au but dans lequel elle a été rédigée, car il s'agit d'une loi de réciprocité internationale, et ce que le législateur a voulu, avant tout, c'est consacrer le droit des sociétés anonymes belges d'agir en France, lorsqu'elles ont été légalement constituées dans leur pays, c'est-à-dire, réaliser la condition imposée par la loi belge de 1855, pour que les sociétés françaises jouissent des mêmes droits en Belgique.

(46) Loi du 24 juillet 1867 (art. 66).

(47) Sur la condition légale des sociétés étrangères en France, voyez l'ouvrage cité de M. Lyon-Caen.

(48) 14 oct. 1879; *J. dr. int.*, 79, p. 551.

(48 bis) 14 janv. 1875; *J. dr. int.*, 1881, n° I-II, p. 101.

24 *ter*. — Nous venons d'examiner rapidement quel a été, aux différentes époques de notre législation, le droit des sociétés étrangères de se porter demanderesse contre leurs débiteurs français. Il ne nous reste plus qu'à faire une observation générale, en ce qui concerne les sociétés dont il s'agit. Il ne peut dépendre de la volonté des parties de fixer arbitrairement dans les statuts le domicile d'une société, et l'on ne saurait ainsi leur permettre de tourner les dispositions gênantes des lois du pays. La société qui a son principal établissement en France, y a par cela même son domicile légal et se trouve soumise à la loi française. En d'autres termes, pour déterminer la véritable nationalité d'une société, c'est au domicile réel qu'il faut s'attacher, quel que soit le domicile qui lui ait été assigné, quels que soient le lieu et les formes dans lesquels elle ait été constituée. Il en résulte qu'une société ne pourrait se prévaloir, pour exercer ses droits en France et y ester en justice comme demanderesse, d'une nationalité empruntée frauduleusement, dans le but de se soustraire aux exigences de la loi française (49).

25. — Si un étranger a été déclaré en faillite à l'étranger, les syndics pourront poursuivre les débiteurs français de la faillite devant les tribunaux de France. Il est généralement admis, et à raison, selon nous, que l'*exequatur* du jugement étranger n'est même pas nécessaire pour que les syndics puissent exercer leurs pouvoirs en France (49 *bis*).

(49) Vavasseur; *J. dr. int.*, 75, p. 345. — *Revue de la jurisprudence belge*, par M. Louis Renault; *J. dr. int.*, 78, p. 525, note. — Trib. civ. Seine, 11 mars 1880; *J. dr. int.*, 1880, p. 195. — Dans le même sens: Arrêté du Conseil fédéral suisse, 21 janv. 1875; *J. dr. int.*, 75, p. 80. — Cette solution a aussi été consacrée par la loi belge du 18 mai 1873. — Sur cette loi et la jurisprudence belge antérieure, voyez: n° 112.

(49 *bis*) Bonfils, n° 245. — Fœlix et Demangeat, t. II, n° 468. — Massé, t. II, n° 809. — Merlin, répert., faillite, sect. II, § 2, art. 10, n° 1 et 2. — Ripert, *Rev. critique*, 1877, t. VI, p. 708 et s. — Carle, la faillite dans le droit international privé, nos 27, 29, 30. — Voyez aussi la note 92, n° 3, I,

Nous n'avons pas à examiner ici quel est le caractère véritable du jugement déclaratif de faillite, ni à rechercher quelle est la valeur du système des auteurs ou des arrêts qui ne voient dans ce jugement qu'un acte de de juridiction volontaire, et dans les syndics que de simples mandataires du failli ou des créanciers. La solution que nous avons adoptée nous paraît toujours vraie, alors même que l'on considérerait ce jugement comme un véritable jugement, car nous pensons qu'un jugement étranger n'a besoin d'être rendu exécutoire qu'autant qu'il s'agit d'en venir à un acte d'exécution proprement dite, et non lorsqu'il ne doit être produit que pour constater un fait, ou pour déterminer une qualité (49 *ter*).

26. — Un Gouvernement étranger pourra également se prévaloir de l'article 15 pour traduire son débiteur français devant les tribunaux de France. On ne porte aucune atteinte au principe de l'indépendance des Etats entre eux, en permettant à un Gouvernement de s'adresser volontairement à une juridiction, à laquelle il ne saurait être soumis malgré lui (50).

de notre savant maître, M. Dubois, sur le traité précédent. — Aix, 8 juil. 1840; S., 41, 2, 263. — Bordeaux, 22 déc. 1847; S., 48, 2, 228. — Paris, 23 mars 1869; S., 69, 2, 172. — 22 fév. 1872; S., 72, 2, 90. — 28 mars 1873; *J. dr. int.*, 75, p. 18. — 14 déc. 1875; S., 76, 2, 70. — 7 mars 1878; S., 79, 2, 164, et les observations de M. Dubois. — Bordeaux, 2 juin 1874; S., 75, 2, 37. — Trib. civ. Seine, 19 janv. 1876; *J. dr. int.*, 77, p. 144. — Voyez cependant: Pardessus, *Dr. com.*, t. IV, n° 1488 *bis*. — Colmar, 11 mars 1820; C. n., 6, 2, 224. — Paris, 31 janv. 1873; S., 74, 2, 33. — Trib. com. Seine, 13 oct. 1876, sur l'arrêt de Paris de 1878, qui l'infirmesur ce point; S., 79, 2, 167. — Voyez également le traité du 15 juin 1869 entre la France et la Suisse (art. 6, §§ 2 et 3). — Paris, 8 juil. 1880; *J. dr. int.*, 1880, p. 581. — Nous aurons l'occasion d'examiner spécialement les dispositions de ce traité, relatives à la faillite, en parlant de la compétence dans les procès entre étrangers (n° 349).

(49 *ter*) Carle, ouvrage cité, nos 30, 31, et notes 61 et 92, n° 3, I, de M. Dubois.

(50) Massé, t. Ier, n° 674 *bis*, p. 633. — Trib. civ. Seine, 3 mars 1875; S., 77, 2, 25.

SECTION II.

Contre qui l'étranger peut-il invoquer l'article 15 ?

— 27. — L'étranger puise dans l'article 15 le droit de poursuivre tout Français devant les tribunaux de France, quand même il y aurait plusieurs défendeurs, dont les uns seraient étrangers et les autres Français (art. 59, C. pr. § 2). C'est ainsi qu'il a été jugé que le syndic étranger peut, alors du moins qu'il n'a pratiqué aucun artifice de procédure, dans le but de distraire l'une des parties de ses juges naturels, saisir à l'encontre de toutes les parties, le tribunal du domicile d'un défendeur français (51).

(27 bis). — Il n'y a pas d'ailleurs de différence à établir entre le Français d'origine et celui qui a acquis cette qualité par la naturalisation. L'article 15 est, en effet, conçu en termes généraux et absolus qui ne comportent aucune distinction. La question ne saurait présenter de difficultés, alors qu'il s'agit de poursuivre l'exécution d'une obligation contractée à une époque postérieure à celle de la naturalisation. Mais il faut également décider que l'étranger naturalisé Français, peut être traduit devant les tribunaux de France pour des engagements par lui contractés antérieurement à sa naturalisation (52). Le texte même de l'article 15 ne permet pas, en effet, de distinguer, relativement aux obligations dont l'exécution est poursuivie, entre celles qui auraient été contractées avant la naturalisation, et celles qui auraient une date postérieure. En se faisant naturaliser Français, l'étranger s'est volontairement soumis aux con-

(51) Paris, 28 mars 1873 ; *J. dr. int.*, 75, p. 19.

(52) Aubry et Rau, t. VIII, § 748 bis, p. 143, n. 29. — Req. rej., 27 mars 1833 ; S., 33, 1, 262. — Req. rej., 16 janvier 1867 ; Dal., 67, 1, 308.

séquences qu'entraîne cette qualité, en même temps qu'il recevait les droits et prérogatives qui y sont attachés. Le demandeur a donc incontestablement la faculté de se prévaloir des effets de la naturalisation, et l'étranger naturalisé serait mal venu à refuser la juridiction des tribunaux d'un pays, dont il a voulu devenir le citoyen. Remarquons d'ailleurs que nous ne parlons ici que d'une question de compétence : en d'autres termes, l'étranger naturalisé devient justiciable des tribunaux français, mais il est bien certain qu'il reste soumis à son statut personnel, pour les actes passés antérieurement à la naturalisation.

Tout Français pourra donc être traduit par un étranger devant les tribunaux de France, peu importe qu'il soit né Français, ou ne le soit devenu que postérieurement à sa naissance ; peu importe que l'obligation dont il est tenu, ait été contractée avant ou après l'événement qui lui a fait acquérir cette qualité.

28. — Un Français peut être regardé, selon les circonstances, comme ayant acquis à l'étranger un domicile légal, sans avoir perdu l'esprit de retour en France ; c'est là, du moins, la solution qui a été consacrée plusieurs fois par la jurisprudence. Même dans cette hypothèse, nous croyons que l'article 15 devra recevoir son application, et que le Français pourra être traduit devant les tribunaux de son pays. S'il est certain, en effet, que le domicile doit, en règle générale, déterminer la compétence du tribunal, règle qui se trouve consacrée par l'article 15 lui-même, toutes les fois que le Français est domicilié en France, cependant, ce principe n'est vrai qu'autant qu'il s'agit de rechercher quel est le tribunal compétent parmi les tribunaux français, et non lorsqu'il s'agit, au contraire, de savoir si la connaissance d'un litige doit appartenir à une juridiction française ou étrangère. L'article 15, en un mot, est une règle générale qui ne comporte pas de distinction, et qui domine les différentes règles de compétence posées par l'article 59, C. pr. (53). (V. n° 102.)

(53) Req. rej., 6 mars 1877 ; Dal., 77, 1, 289.

29. — Le Français pourra, dans tous les cas, être poursuivi en France, alors même que l'action serait intentée contre lui, comme héritier d'un étranger, car la compétence doit se déterminer d'après la qualité du défendeur au jour de l'action, et celui-ci ne saurait décliner une juridiction à laquelle il se trouve soumis à raison même de sa nationalité (54).

30. — Un Français ne pourrait toutefois être traduit devant les tribunaux de son pays, s'il remplissait en France les fonctions de ministre plénipotentiaire d'un Gouvernement étranger, tout en ayant gardé sa qualité de Français (art. 17. n° 2, C. civ.)

En 1875, des porteurs d'obligations de la République de Honduras, assignèrent devant le tribunal civil de la Seine, plusieurs membres de la Commission de l'emprunt de Honduras. L'un des défendeurs demanda la nullité de l'assignation, en invoquant sa qualité d'agent diplomatique d'un Gouvernement étranger. Le tribunal, faisant droit à cette exception, déclara que l'assignation devait, en effet, être considérée comme nulle à l'égard de ce défendeur, « attendu qu'il avait été accrédité en qualité de ministre plénipotentiaire de la République de Honduras, près le Gouvernement français, et que, représentant un Gouvernement étranger, il n'était pas justiciable des tribunaux français, même relativement aux actions qu'il pouvait avoir accomplies comme personne privée — qu'il avait, sans doute, conservé la qualité de Français, mais qu'il n'en jouissait pas moins des immunités diplomatiques inhérentes à la fonction dont il avait été investi. . . . » (55) »

Nous croyons que la solution admise par le tribunal, est tout-à-fait juridique. En effet, le motif même qui justifie l'immunité des agents diplomatiques, exige qu'elle soit reconnue au profit de l'agent français, aussi bien que de l'agent étranger, car il serait contraire au droit des gens et à l'indépendance

(54) *Contrà* trib. civ. Seine, 22 mars 1872; *J. dr. int.*, 74, p. 33.

(55) *J. dr. int.*, 75, p. 89.

réci-proque des nations, que le ministre de l'une d'elles fût justiciable des tribunaux du pays où il représente un État souverain (55 bis).

Le consul ne jouit pas de la même immunité, comme nous le verrons en parlant de l'article 14, et, par conséquent, les tribunaux français seront compétents, en principe, pour statuer sur l'action intentée contre un Français, consul d'un Gouvernement étranger (56).

31. — L'étranger autorisé à fixer son domicile en France, pourra, comme le Français, être traduit devant les tribunaux de ce pays pour les obligations par lui contractées envers un étranger, car il doit subir toutes les conséquences qui découlent de l'autorisation qu'il a sollicitée. Les effets de cette autorisation sont actifs et passifs, et cet étranger doit être soumis à la juridiction française, de même qu'il pourra, ainsi que nous le verrons, invoquer contre un débiteur étranger le bénéfice de l'article 14 (57). Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir sur cette question, en parlant des procès entre étrangers.

Ce principe nous paraît vrai, quand même l'étranger serait poursuivi pour l'exécution d'une obligation contractée à une époque où il n'avait pas encore obtenu l'autorisation de fixer son domicile en France. Il se trouve revêtu, au jour de l'action, d'une nouvelle qualité qui doit produire tous ses effets, et qui suffit pour justifier la compétence du tribunal français, alors même que la cause de la demande serait antérieure à l'autorisation (58).

(55 bis) Voyez, sur cette question, ce que nous disons au n° 176.

(56) Trib. civ. Seine, jugement cité; *J. dr. int.*, 75, p. 90.

(57) Alger, 16 novembre 1874; *J. dr. int.*, 76, p. 268. — Trib. civ. Marseille, 23 avril 1875; *J. dr. int.*, 76, p. 185.

(58) Metz, 17 janvier 1839; *Dal.*, 39, 2, 139. — Rennes, 27 avril 1847; *Dal.*, 47, 2, 170. — Voyez également les auteurs et les arrêts cités dans la seconde partie de cette étude, où nous parlons spécialement des contestations entre étrangers, domiciliés avec ou sans autorisation du Gouvernement (n° 288).

Une longue résidence peut-elle tenir lieu d'une autorisation expresse, au point de vue de la compétence, et soumettre l'étranger à la juridiction des tribunaux français? Nous laissons de côté cette question, pour le moment, nous réservant de la traiter, lorsque nous nous occuperons des procès entre deux étrangers.

32. — L'étranger puise dans l'article 15 le droit de poursuivre devant les tribunaux français, les personnes morales, aussi bien que les simples particuliers, et spécialement, il peut citer devant nos tribunaux une société anonyme française, peu importe d'ailleurs que cette société ait ou non besoin de l'autorisation du Gouvernement, dans le pays du défendeur, afin de pouvoir y jouir d'une capacité légale et y ester en justice comme demanderesse (59).

L'Etat lui-même pourra être poursuivi devant les tribunaux français, dans la personne de l'un ou de l'autre de ses représentants (60).

32 *bis*. — Remarquons, en terminant, que le tribunal français, compétent pour statuer sur une action intentée contre un Français ou un étranger qui lui est assimilé, le serait également pour connaître d'une contestation élevée incidemment entre l'étranger demandeur et un autre étranger, sur l'intervention de ce dernier (60 *bis*).

SECTION III.

A quelles obligations s'applique l'article 15?

33. — L'article 15 s'applique à toutes les obligations civiles ou commerciales qui naissent d'un contrat, peu importe d'ail-

(59) Trib. com. Seine, 24 fév. 1847; Dal., 47, 3, 68.

(60) Trib. civ. Seine, 27 août 1878; *J. dr. int.*, 78. p. 601.

(60 *bis*) Civ. cassat., 7 juil. 1845; Dal., 45, 1, 334.— Req. rej., 1^{er} avril 1873; Dal., 73, 1, 101.

leurs que le contrat ait été passé en France ou à l'étranger. La loi, il est vrai, ne prévoit pas le cas où le débiteur français se serait obligé en France envers un étranger, mais on ne peut tirer argument de ce silence pour prétendre que, dans cette hypothèse, le créancier étranger ne pourrait citer son débiteur devant nos juges. Si l'article 15 ne parle que des engagements pris à l'étranger, c'est qu'il n'a prévu que le cas où quelques doutes auraient pu s'élever sur la compétence de nos tribunaux, et il est bien certain que la loi, en accordant à l'étranger le droit de traduire le Français devant les tribunaux de France, pour des obligations contractées en pays étranger, lui a par là même, et à plus forte raison, reconnu la même faculté pour les obligations contractées en France.

34. — D'autre part, faut-il prendre à la lettre ce mot : contractées, que nous trouvons dans l'article 15, et dire que l'étranger ne pourra poursuivre devant nos tribunaux l'exécution des obligations résultant de quasi-contrats, de délits ou de quasi-délits ? Assurément non, car, en parlant de contrats, le législateur s'est occupé de la principale source des obligations, mais n'a pas entendu exclure celles qui proviennent d'une autre cause que d'un contrat. Il n'y avait, en effet, aucune raison d'établir une pareille distinction, et l'on peut même ajouter que l'étranger est encore bien plus digne de la faveur de la loi, alors qu'il s'agit de poursuivre l'exécution d'obligations qui sont nées sans contrat, sans qu'il ait pu les prévoir et les empêcher. Du reste, les rédacteurs du Code n'ont pas attaché une importance par trop grande à l'emploi de telle ou telle expression, et nous les voyons se servir eux-mêmes du mot : contractées, pour désigner, non-seulement des obligations nées de contrats, mais encore des obligations formées sans convention (art. 1372, C. civ.).

L'article 15 comprend donc toutes les obligations, quelle qu'en soit la source. C'est ainsi, par exemple, que les tribunaux français seront compétents pour connaître d'une action en liquidation et partage d'une succession, ouverte en France,

intentée par un étranger contre un Français (60 *ter*). L'étranger pourra également demander à nos juges la réparation du préjudice qui lui a été causé par un Français, et se porter partie civile devant les tribunaux de répression (61).

35. — Ce ne sont pas seulement les actions personnelles, ce sont aussi les actions réelles n'ayant pas pour objet un immeuble, qui sont de la compétence du tribunal du domicile du défendeur. L'étranger demandeur pourra donc saisir de ces questions le juge français, comme il pourrait le faire pour une demande fondée sur une véritable obligation. Celui qui revendique un meuble n'agit pas, sans doute, comme créancier; il n'allègue plus l'existence et ne réclame plus l'exécution d'une obligation, mais, dans la pensée du législateur, l'action réelle, quand elle est purement mobilière, doit, au point de vue de la compétence, rentrer dans la classe des actions personnelles et être soumise à l'application des règles, auxquelles ces dernières sont soumises elles-mêmes (61 *bis*).

36. — Le tribunal français régulièrement saisi d'une demande principale, intentée par un étranger contre un Français, sera aussi compétent pour statuer sur les questions d'état incidentes, alors même qu'elles s'agiteraient entre deux étrangers (61 *ter*).

Mais les questions d'état pourront aussi donner lieu à des difficultés que l'étranger sera admis à porter devant le tribunal du défendeur français par voie d'action principale, lorsqu'il prétendra que telle qualité, tel état lui appartient, ou n'appartient pas à son adversaire. De telles actions, en effet, doivent, comme toutes celles qui n'ont pas été, par une disposition particulière,

(60 *ter*) Req. rej., 15 avril 1861; S., 61, 1, 721.—Voyez aussi : Civ. cassat., 22 mars 1865; S., 65, 1, 175.

(61) Mangin, *Action publique*, n° 125.—Le Sellyer, *Exercice et extinction de l'action publique et de l'action privée*, t. I, n° 281.

(61 *bis*) Paris, 4 janvier 1856; Dal., 56, 2, 139.

(61 *ter*) Req. rej., 15 avril 1861; S., 61, 1, 721.

placées dans la juridiction d'un tribunal déterminé, être soumises aux règles de compétence, applicables aux actions personnelles proprement dites. Le tribunal français de la résidence d'un enfant sera donc compétent pour connaître de l'action en désaveu de paternité, intentée par son père Alsacien-Lorrain, devenu Allemand faute d'option, contre cet enfant, né antérieurement à cette époque, et resté Français malgré le défaut d'option par le père en temps utile (62).

Concluons donc, d'une manière générale, que l'étranger pourra, en vertu de l'article 15, intenter devant les tribunaux français une action personnelle, ou assimilée aux actions personnelles, au point de vue de la compétence. Par application de ce principe général, il a encore été décidé qu'un mari, naturalisé étranger pendant son mariage, pouvait demander devant les tribunaux français la séparation de corps contre sa femme, restée française malgré la naturalisation (63). La même solution a été consacrée plusieurs fois par la jurisprudence, alors qu'il s'agissait d'une demande dirigée par une femme étrangère contre son mari, autorisé à fixer son domicile en France (64). Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir sur ce point, en parlant de la compétence dans les questions d'état entre étrangers.

Les tribunaux français, compétents pour ordonner l'exécution des obligations contractées par un Français au profit d'un étranger, le seront également pour autoriser et valider une saisie-arrêt que cet étranger voudrait pratiquer en France, peu importe que le tiers saisi soit français ou étranger. La saisie pourra être pratiquée en vertu d'un titre authentique ou privé (art. 557, C. pr.), ou, à défaut de titre, en vertu de la permission du juge (art. 558, C. pr.). Si l'étranger est por-

(62) Req. rej., 6 mars 1877; Dal., 77, 1, 289.

(63) Douai, 3 août 1858; Dal., 58, 2, 218.

(64) Civ. rej., 23 juillet 1855; Dal., 55, 1, 353.

teur d'un jugement étranger, ce jugement devra, à notre avis, être regardé comme un titre suffisant pour saisir-arreter, sans qu'il soit besoin d'*exequatur*, car il nous paraît impossible de lui dénier une efficacité au moins égale à celle d'un titre privé (64 *bis*). Nous pensons même que l'étranger pourrait former sa demande en validité de la saisie, avant d'avoir obtenu l'*exequatur* du jugement dont il s'agit (64 *ter*).

SECTION IV.

Tribunal compétent.

37. — Le tribunal français dont parle l'article 15, doit s'entendre, non seulement d'un tribunal siégeant en France, mais aussi des juridictions consulaires françaises à l'étranger, ainsi que l'a décidé un arrêt de la Cour de cassation, du 16 janvier 1867 (65)

Les articles 59 et 420, C. pr. devront d'ailleurs être suivis, pour déterminer le tribunal compétent parmi les tribunaux français. C'est par application de ce principe, que le tribunal civil de Marseille a jugé qu'un Français, ayant son domicile dans les Echelles du Levant, et actionné devant un tribunal français par un étranger, pouvait demander son renvoi devant le tribunal consulaire français du lieu de son domicile (66). L'article 15 ne fait, en effet, qu'accorder aux étrangers le bénéfice de la loi française, mais ne renferme aucune dérogation aux

(64 *bis*) Contrà : Paris, 31 janvier 1873 ; S., 74, 2, 33.

(64 *ter*) En ce sens : observations de M. Dubois sous l'arrêt de Paris de 1873.

(65) Req. rej., Dal., 67, 1, 308. — Aix, 3 juin 1867 ; S., 68, 2, 252.

(66) 21 mai 1875 ; J. dr. int., 76, p. 271.

règles ordinaires de la compétence spéciale. Le principe est posé par cet article, et c'est à lui qu'il faut recourir, lorsqu'il s'agit de savoir si le Français peut ou non être cité devant les tribunaux de son pays ; mais, une fois admis que l'article 15 est applicable et que les tribunaux français sont compétents, c'est dans l'article 59, C. pr., qu'il faut rechercher devant lequel de ces tribunaux l'action doit être portée.

SECTION V.

Caution judicatum solvi.

§ 1^{er}. — *Historique et fondement de la caution.*

38. — En permettant à l'étranger d'actionner un Français devant nos tribunaux, les rédacteurs du Code ont subordonné cette faculté à une condition spéciale, qui se trouve indiquée dans l'article 16 du Code civil, puis reproduite et précisée par les articles 166 et 167 du Code de procédure. Cette condition consiste dans l'obligation pour l'étranger demandeur, de fournir une caution à laquelle le langage juridique a donné le nom de : caution *judicatum solvi*.

Cette caution, cependant, diffère essentiellement de celle qui portait le même nom dans la législation romaine. Dans le droit antérieur à Justinien, celui qui plaidait *proprio nomine*, comme défendeur à une action *in rem*, devait fournir caution, sous peine de voir transférer la possession à son adversaire, quand celui-ci consentait à donner cette garantie (67). Le demandeur stipulait ainsi qu'on lui payerait ce qui aurait été jugé, et de là était venu le nom donné à cette caution, comme le fait remarquer Justi-

(67) *Instit.*, liv. 4, t. XI, pr. — Paul, *Sent.*, liv. 1^{er}, t. XI, § 1^{er}.

nien. Cette caution avait un triple but : 1° permettre au demandeur d'agir contre le défendeur ou ses fidéjusseurs, au cas où il serait condamné et refuserait de restituer la chose, ou de payer l'estimation du litige ; 2° contraindre le défendeur à rester dans l'instance jusqu'à la fin du procès ; 3° empêcher le défendeur de commettre quelque dol, relativement à l'objet litigieux (*de re judicatâ, de re defendendâ, de dolo malo*) (68). S'agissait-il d'une action personnelle, le défendeur qui figurait au procès *proprio nomine*, était dispensé de fournir caution, sauf dans certains cas où elle était exigée, soit à raison de la nature de l'action, soit eu égard à la personne même du défendeur (69). Au contraire, quand le défendeur agissait *alieno nomine*, la caution devait toujours être fournie, sans distinction entre les actions réelles et personnelles, soit par le défendeur lui-même, soit par le *dominus litis*, selon qu'il s'agissait d'un *défensor*, d'un *procurator* ou d'un *cognitor* (70).

Dans le droit de Justinien, le défendeur à une action réelle ou personnelle, quand il plaide pour lui-même, n'est pas tenu de donner caution pour la valeur du litige ; il doit seulement garantir, ou jurer, ou simplement promettre qu'il restera dans l'instance jusqu'à la fin du procès (71). Celui qui prend la défense d'autrui, doit, au contraire, dans toute action, fournir la caution *judicatum solvi*, à moins que le *dominus litis* ne soit présent et ne donne caution pour son procureur, ou ne s'engage extra-judiciairement comme fidéjusseur de son procureur. Dans ce cas, il fallait de plus qu'il donnât hypothèque sur ses biens, et fournît caution de se présenter en personne, lors de la prononciation de la sentence (72).

(68) *Dig.*, l. 6, liv. 46, t. VII.

(69) *Gaius*, t. IV, § 102.

(70) *Instit.*, *loc. cit.* et § 1^{er}.

(71) *Instit.*, *loc. cit.*, § 2.

(72) *Instit.*, *loc. cit.*, § 4 et 5.

Nous sommes entré dans ces quelques détails pour mieux faire voir toute la différence qui existe entre cette caution et celle de notre droit actuel. Il y avait une autre caution qui, sans être la même que notre caution *judicatum solvi*, présentait cependant avec elle plus d'analogie que celle dont nous venons de parler : c'était la caution *pro expensis*, qui pouvait être imposée au demandeur régnicole ou étranger, pour garantir le paiement des frais (73).

39. — Peut-être la caution *judicatum solvi* trouve-t-elle son origine dans d'anciens usages germaniques, qui s'implantèrent plus tard sur notre sol (74). Elle ne s'introduisit toutefois qu'assez tard dans notre ancien droit français. L'étranger lui-même venait porter son action sur notre territoire, sans qu'on l'arrêtât sur le seuil des tribunaux pour lui demander des sûretés, « d'autant, disait Bacquet, que le roi doit justice, tant à l'étranger qu'au Français » (75). Lorsque les relations devinrent plus fréquentes, on sentit bientôt la nécessité de prendre des mesures pour assurer l'exécution des sentences rendues contre des plaideurs étrangers, qui ne présentaient aucune garantie. Bacquet donne, en effet, comme motif de cette garantie, la facilité que l'étranger aurait de se retirer hors du royaume, et de rendre ainsi illusoire le jugement obtenu contre lui. Il ajoute qu'il y a en France une grande multitude d'étrangers, *quorum fides valdè suspecta est*, et qui plaident hardiment contre les Français (75 bis). Il n'y eut cependant aucune loi en France, imposant aux étrangers l'obligation de fournir caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts; mais la jurisprudence des Parlements s'accorda pour en faire une sorte de disposition

(73) Nouvelle, 112, chap. 2.

(74) Demangeat, *Condition des étrangers en France*, n° 36.

(75) *Traité du droit d'aubaine*, 2^e partie, chap. XVI, n° 6.

(75 bis) *Loc. cit.*, n° 7.

générale. Cette obligation se trouve consacrée par un arrêt rendu au Parlement de Paris, le 4 janvier 1562 (75 *ter*).

L'étranger seul était tenu de fournir la caution, peu importe d'ailleurs qu'il demeurât en France ou hors de France (76). On cite des arrêts des Parlements de Paris, Bordeaux et Dijon, suivant lesquels la caution aurait été due de Français à Français, alors qu'il s'agissait de gens qui avaient fait cession de biens, de banqueroutiers, sous le prétexte que, retranchés dans leur insolvabilité, ils pouvaient impunément susciter des procès à tort et à travers ; mais cette doctrine n'était, ni générale ni constante (77). La qualité plus ou moins relevée des parties était indifférente en cette matière. Le noble, comme le roturier, le prince, comme le simple particulier, était soumis à la règle, parce qu'elle était générale et que ses motifs ne permettaient aucune restriction en faveur de l'un plutôt qu'en faveur de l'autre. A l'étranger on assimilait le Français qui s'était expatrié et s'était établi hors du royaume (78).

La caution n'était due par l'aubain que lorsqu'il était demandeur. Cependant à une certaine époque, peut-être par suite de la même erreur que celle qui faisait venir la caution en droite ligne du droit romain, on voulut assujettir à l'obligation de la fournir, la même partie qui y était quelquefois soumise dans cette législation, c'est-à-dire le défendeur, lorsqu'il était aubain ; mais cette opinion fut repoussée par la jurisprudence, et notamment par des arrêts des 13 février 1581 et 28 avril 1698 (79). « L'étranger qui intente un procès en France, dit Bacquet, est tenu de

(75 *ter*) Jaccoton, *Rev. législat.*, t. XLIII, p. 180. — L'obligation de fournir caution était reçue en Lorraine, avant la réunion de cette province à la couronne. (Ord. de nov. 1707, t. II, art. 18.)

(76) Bacquet, *droit d'aubaine*, 2^e part. chap. XVI, n° 1.

(77) Boncenne, t. III, p. 174, n. 2. — Merlin, *Répert.*, *caut. jud. solvi*, § 2.

(78) Merlin, *Répert.*, *loc. cit.*, § 1^{er}, nos 7 et 10.

(79) Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 140. — Pothier, *Traité des personnes*, tit. II, sect. 2, n° 2.

bailler caution, ce qui doit s'entendre de l'étranger demandeur, et non pas de l'étranger défendeur: *Quia actor voluntariè agit, reus autem ex necessitate se defendit* (80). »

A cette époque on paraissait ne pas comprendre qu'il s'agissait d'une rigueur que l'intérêt français faisait seul admettre, que, dans ces limites, elle pouvait être légitime, mais qu'elle cessait de l'être, dès qu'elle changeait d'objet. Aussi vint-on à poser en principe, comme nous le verrons en parlant des procès entre étrangers, que la caution devait être fournie, même quand les deux plaideurs étaient étrangers.

La caution était tenue des dépens et dommages-intérêts, occasionnés par la demande injuste de celui de qui on l'exigeait (80 *bis*). Mais elle ne garantissait pas le paiement des amendes prononcées au profit du fisc, car elle ne s'obligeait qu'envers le défendeur et ne pouvait être tenue que des condamnations par lui obtenues (80 *ter*). La caution était due *in limine litis* et l'on prétendait, dit Pothier, que si le défendeur avait contesté au fond sans la demander, il n'était plus recevable à l'exiger dans le cours de l'instance, à moins qu'il ne fût en état de prouver qu'il ignorait la qualité d'étranger (81). Elle pouvait être exigée, tant en cause principale que d'appel; mais le défendeur en première instance qui était demandeur en appel, ne pouvait être contraint de la fournir (81 *bis*).

Déjà dans notre ancienne jurisprudence on admettait plusieurs exceptions à la nécessité de fournir la caution *judicatum*

(80) *Droit d'aubaine*, 2^e partie, chap. XVI, n^o 3. — Merlin, *Répert.*, *loc. cit.*, § 1^{er}, n^o 2.

(80 *bis*) Denisart, *Collection de décisions nouvelles, caut. jud. solvi*, § 2, n^o 2. — Demangeat, *Cond. des étrang.*, n^o 36. — Cpr. Pothier, *loc. cit.* — Bacquet, *loc. cit.*, n^o 1.

(80 *ter*) Pothier, *Traité des personnes*, *loc. cit.* — Bacquet, *loc. cit.*, n^o 9.

(81) *Loc. cit.* — Denisart, *loc. cit.*, § 1^{er}, n^o 16.

(81 *bis*) Pothier, *loc. cit.* — Bacquet, *loc. cit.*, n^o 1. — Denisart, *loc. cit.*, § 1^{er}, n^o 10.

solvi. C'est ainsi que l'étranger était dispensé de cette obligation en matière commerciale (82); ou bien encore en cas de possessions suffisantes en France (82 *bis*). La jurisprudence apportait encore d'autres exceptions à cette règle, notamment dans les causes d'aliments, ou lorsque le demandeur consignait une somme suffisante (83). Des auteurs et quelques arrêts avaient voulu faire aussi une exception pour les matières criminelles (83 *bis*), mais Bacquet l'exigeait même dans ces affaires (84). « Il n'y a aucune raison, disait M. l'avocat général Gilbert, de dispenser l'étranger de donner la caution en matière criminelle, étant juste que l'accusé ait une ressource pour ses dommages-intérêts, dont la condamnation serait pour lui sans effet en pays étranger » (85).

La caution était déchargée par un jugement définitif, rendu en dernier ressort. Elle était également déchargée pour l'avenir, mais non pour le passé, lorsque, pendant le cours de l'instance, le demandeur se trouvait dans un cas de dispense (85 *bis*).

40. — Dans la séance du 6 thermidor an IX, lorsque l'article 8 du projet (art. 14 actuel) fut soumis à la discussion au Conseil d'Etat, le consul Cambacérès dit que, si l'on voulait laisser sub-

(82) Arrêt du Parlement de Bordeaux, 1^{er} mars 1777; Merlin, *Questions de droit, caution judicatum solvi*, § 1^{er}, n° 1. — Voyez aussi: Arrêts du Parlement d'Aix, 1^{er} juin et 22 octobre 1617, et du Parlement de Paris, 12 août 1758; Merlin, *Répert.*, *loc. cit.*, § 1^{er}, n° 5.

(82 *bis*) Demangeat, *op. cit.*, p. 143. — Pothier, *Traité des personnes*, *loc. cit.*

(83) Parlement de Toulouse, 17 mars 1714 et 3 février 1730; Merlin, *Répert.*, *loc. cit.*, § 1^{er}, n°s 6 et 11.

(83 *bis*) Sapey, p. 82. — Legat, p. 312.

(84) *Droit d'aubaine*, 2^e part. chap. XVI, n° 1. — Faustin-Hélie, *Instr. crim.*, t. I, n° 548. — Le Sellyer, *Exercice et extinction de l'action publique et de l'action privée*, t. I, n° 281, note.

(85) Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, t. VIII, *étrang.*, § 5.

(85 *bis*) Denisart, *op. cit.*, *caut. jud. solvi*, § 2, n°s 3 et 6.

sister la caution *judicatum solvi*, il était nécessaire de s'en expliquer formellement. Le ministre de la justice déclara que cette caution était indispensable et qu'elle était la garantie du citoyen qui plaidait avec un étranger. M. Tronchet fit observer que la disposition sur la caution trouverait sa place dans le Code de procédure civile, et que, jusqu'à ce qu'il fût discuté, la matière serait régie par les lois anciennes ; mais Cambacérès rappela qu'un article, placé à la fin du projet de Code, faisait cesser l'effet des anciennes lois, qu'il y aurait donc du danger pour les Français de remettre à un temps plus éloigné le soin de leur donner les sûretés résultant de la caution *judicatum solvi*. M. Boulay proposa de faire un article spécial de la disposition sur la caution que devrait fournir l'étranger (86). Enfin, dans la même séance, lors de la discussion de l'article 10 (art. 15 actuel), le Conseil arrêta qu'il serait fait un nouvel article, à l'effet d'assujettir l'étranger demandeur à fournir caution de payer les frais et les dommages-intérêts auxquels il pourrait être condamné (87). Cet article fut fait et adopté dans la séance du 14 thermidor an IX (88). La section du Tribunal avait demandé que cette disposition fut renvoyée au Code judiciaire, mais, dans son discours prononcé devant le Corps législatif, le tribun Gary fit observer, comme il l'avait déjà fait pour l'article 15, qu'il y avait avantage à présenter aux étrangers dans un cadre étroit et unique, leurs droits et leurs obligations (89).

41. — L'obligation pour l'étranger de fournir caution est écrite aujourd'hui dans l'article 16 du Code civil, et se trouve reproduite et précisée par les articles 166 et 167 du Code de procédure.

Art. 16: « En toutes matières autres que celles de com-

(86) Locré, t. II, p. 43.

(87) *Eod.*, p. 45.

(88) *Eod.*, p. 69.

(89) *Eod.*, p. 287 et 345.

merce, l'étranger qui sera demandeur, sera tenu de donner caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, à moins qu'il ne possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer ce paiement. »

Art. 166: « Tous étrangers, demandeurs principaux ou intervenants, seront tenus, si le défendeur le requiert avant toute exception, de fournir caution de payer les frais et dommages-intérêts auxquels ils pourraient être condamnés. »

Art. 167: « Le jugement qui ordonnera la caution, fixera la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle sera fournie: le demandeur qui consignera cette somme, ou qui justifiera que ses immeubles, situés en France, sont suffisants pour en répondre, sera dispensé de fournir caution » (90).

Les motifs de cette garantie se comprennent facilement. L'étranger qui ne possède en France aucun bien immeuble, que rien ne retient sur le sol français, aurait pu disparaître facilement, soit depuis le jugement, soit même avant, et rompre ainsi les liens si faibles et si passagers qui l'avaient attaché pour un instant au pays. Il aurait pu se soustraire à l'obligation de payer les frais et les dommages-intérêts auxquels il pourra être condamné, si son action est jugée mal fondée, ou, du moins, le Français aurait été obligé d'aller au loin faire exécuter le jugement sur les biens que son adversaire possède à l'étranger, et cela, après en avoir demandé l'*exequatur* aux tribunaux étrangers. Il peut même se faire que ce jugement n'ait pas l'autorité de la chose jugée et soit soumis à révision dans le pays de l'étranger: le Français devrait alors intenter, pour ainsi dire, un nouveau procès devant les tribunaux de ce pays, procès peut-être fort chanceux et, dans tous les cas, fort coûteux. Le Français se trouverait ainsi exposé à de grands dangers et à de continuelles vexations, si aucune garantie ne lui était donnée pour le rembour-

(90) Sur la caution *judicatum solvi* voyez une dissertation de M. Jaccoton. *Rev. de législat.*, 1852, t. XLIII, p. 179 et suiv.

sement des frais de la défense, et pour la réparation du dommage qu'une attaque téméraire peut lui faire éprouver.

Tel est le véritable fondement de la caution *judicatum solvi*. Il serait donc inexact de prétendre, comme on l'a fait quelquefois, que la disposition de l'article 16 repose uniquement sur cette idée : que le jugement rendu en France n'est pas exécutoire à l'étranger (91). Un tel motif conduirait, en effet, à décider que l'étranger défendeur pourrait, comme le Français, exiger de son adversaire la garantie de la caution. Il faudrait aussi décider que le Français n'est plus recevable à la demander, quand, en vertu d'un traité passé entre la France et la nation à laquelle appartient le demandeur étranger, le jugement qui pourra intervenir contre celui-ci en France, sera exécutoire dans son pays. Or, disons-le dès maintenant, ce sont là des conséquences qui nous paraissent tout-à-fait inadmissibles, comme nous aurons l'occasion de le montrer dans le cours de cette étude.

§ 2. — Qui peut demander la caution ? — Qui la doit ?

42. — La caution *judicatum solvi* est donc une garantie donnée au citoyen qui plaide avec un étranger, comme le disait le ministre de la justice, lors de la discussion de l'article 8 du projet, et, par conséquent, le Français seul peut l'exiger de son adversaire, sans que l'étranger défendeur puisse prétendre à la même faveur. Nous reviendrons plus loin sur cette question, quand nous parlerons des procès entre deux étrangers.

Aux Français il faut d'ailleurs assimiler l'étranger autorisé à fixer son domicile en France, ou qui puiserait dans un traité le droit d'exiger la même garantie que le Français. « Considérant, dit un arrêt de la Cour de Paris, que le droit d'exiger de l'étranger demandeur la caution *judicatum solvi*, constitue un privilège

(91) Merlin, *Répert.*, loc. cit., § 1^{er}, n° 9.

attaché à la qualité de Français, et une protection que le législateur n'a entendu accorder qu'aux nationaux et, par exception, aux étrangers qui se trouvent dans les conditions prévues par les articles 11 et 13 du Code civil... » (92).

43. — Le Code indique clairement quelles sont les personnes soumises à l'obligation de fournir la caution. « L'étranger qui sera demandeur », nous dit l'article 16 du Code civil ; puis l'article 166 du Code de procédure, interprétant le sens du mot : demandeur, le complète en ces termes : « Tous étrangers, demandeurs principaux ou intervenants... »

De là il résulte qu'il faut avant tout être étranger, pour que l'on soit tenu de fournir la caution. On ne pourrait l'exiger du Français, sans porter atteinte à la liberté dont il jouit pour l'exercice de ses droits, et le motif même sur lequel repose l'obligation de donner cette garantie, doit la faire restreindre à la personne de l'étranger. Sans doute, il est fâcheux d'être exposé à des frais considérables, sans espoir de recouvrement, pour repousser une folle demande ; mais, comme le fait remarquer M. Boncenne (93), il serait trop cruel de réduire un malheureux qui pourrait ne pas trouver de caution, à l'impuissance d'invoquer le secours des lois contre un usurpateur opulent.

La Cour de Limoges a fait application de cette règle, en décidant, par un arrêt du 14 août 1846, que le juge ne peut soumettre la partie qui conclut à une expertise, à l'obligation préalable de consigner au greffe une somme destinée à faire face aux frais de cette procédure, attendu que ce serait assujettir, au moins pour partie, le demandeur français à la caution *judicatum solvi*, qui n'est imposée par nos lois qu'aux plaideurs étrangers (94).

(92) 2 juillet 1861 ; Dal., 61, 5, 196. — Voyez également les arrêts et les auteurs cités à l'appui de cette solution, à propos de la caution *judicatum solvi* dans les procès entre deux étrangers. (n° 429.)

(93) T. III, p. 74.

(94) Dal., 47, 4, 239.

De ce que l'étranger seul est tenu de fournir au Français la garantie dont nous parlons, le tribunal de Vesoul a conclu également que le Français originaire des pays de l'Alsace-Lorraine, cédés à l'Allemagne par le traité de Francfort du 10 mai 1871, et qui y est domicilié, ne pouvait être contraint de fournir la caution, tant que durait le délai à lui accordé pour opter en faveur de la conservation de la nationalité française (95).

De cette règle il résulte encore que l'on ne pourrait plus aujourd'hui, comme l'ont fait quelquefois les anciens Parlements, imposer l'obligation de donner la caution aux régnicoles qui ont fait cession de bien, ou sont tombés en insolvabilité, ainsi que le portait un arrêt de règlement pour la procédure du Parlement de Douai (96). La loi est, en effet, formelle et l'on ne saurait mettre obstacle au droit qui appartient à tout Français, quelque restreintes que soient ses facultés pécuniaires, d'exercer ses actions devant les tribunaux de son pays.

L'obligation de fournir caution ne peut non plus être imposée au Français, alors même qu'il se serait établi en pays étranger, tant qu'il n'a pas perdu la qualité de Français (96 bis).

Enfin, et toujours en vertu du même principe, nous croyons que la caution ne pourrait être exigée du Français demandeur, en qualité de cessionnaire d'un étranger. La nécessité de donner cette garantie n'est pas, en effet, attachée à la créance; elle résulte de la qualité du créancier; or, le débiteur se trouve,

(95) 19 juillet 1871 ; Dal., 71, 3, 69. — Nous n'avons pas à examiner ici quelle était la véritable nationalité des Alsaciens-Lorrains pendant le délai d'option. Constatons seulement que l'on a soutenu, contrairement à la décision du tribunal de Vesoul, qu'ils devaient être considérés comme devenus Allemands sous condition résolutoire. Si l'on admet cette dernière doctrine, on aurait dû les soumettre à l'obligation de fournir caution, même avant l'expiration du délai fixé pour l'option.

(96) Merlin, *Répert.*, loc. cit., § 2.

(96 bis) Aubry et Rau, t. VIII, § 747 bis, p. 127, n. 2. — Fœlix, t. Ier, n° 136, p. 298.

par suite de la cession faite sans fraude, en face d'un créancier français, qui ne saurait être soumis à l'application des articles 16, C. civ. et 166, C. pr. L'esprit de la loi commande d'ailleurs cette solution, car nous nous trouvons en présence de deux Français qui plaident l'un contre l'autre, et, dès lors, nous ne rencontrons plus les motifs qui ont porté le législateur à assurer au national une garantie contre son adversaire étranger (96 *ter.*)

Le Français ne doit pas fournir la caution, peu importe qu'il soit Français d'origine, ou qu'il ne le soit devenu que par un fait postérieur à sa naissance.

44. — Au Français il faut assimiler l'étranger qui a été autorisé à établir son domicile en France (art. 13 C. civ.) Tant qu'il conserve ce domicile, il jouit de tous les droits civils ; il profite du privilège attaché au titre de Français, et ne saurait être tenu de l'obligation de la caution *judicatum solvi* (97).

L'étranger qui n'a en France qu'un domicile non autorisé, ne saurait être assimilé à celui qui a obtenu l'autorisation du Gouvernement, et dispensé, comme tel, de l'obligation dont il s'agit (98). Il peut, sans doute, en transportant dans notre pays, d'une manière complète et permanente, le siège de ses affaires, s'y créer un domicile par sa seule volonté, mais un pareil domicile ne saurait lui conférer les avantages dont jouit celui qui a obtenu l'autorisation, ni le soustraire aux mesures exceptionnelles auxquelles est soumis l'étranger en cette qualité.

Il a également été jugé que la résidence en Algérie, pas plus que sur un autre point du territoire français, ne peut tenir lieu

(96 *ter.*) Bonfils, n° 120.

(97) Massé, t. II, n° 738, p. 14. — Demante et Colmet de Santerre, t. I^{er}, n° 30 *bis*, III. — Rodière, t. II, p. 41. — Aubry et Rau, t. VIII, § 747 *bis*, p. 129, n. 15. — Boncenne, t. III, p. 180. — Ponsot, *Du cautionnement*, n° 391, p. 489. — Chauveau, sur Carré, t. II, Quest. 701. — Bonfils, *loc. cit.*, — Fœlix, t. I, n° 133, p. 293. — Bordeaux, 29 mai 1839 ; Dal., *Répert.*, V^o *Exceptions*, n° 44.

(98) Aubry et Rau, *loc. cit.*

de l'autorisation du Gouvernement. S'il est vrai qu'un certain nombre de droits, réservés aux Français, ont été étendus aux étrangers résidant en Algérie, il n'est pas permis d'en conclure que ces étrangers jouissent de tous les droits civils, alors même qu'ils ne seraient pas compris dans ces concessions partielles (99).

Il ne faudrait pas non plus regarder comme équivalant à l'autorisation dont parle l'article 13, la concession faite à un étranger de certaines facultés qui ne sauraient lui procurer la jouissance des droits civils, et l'assimiler à l'étranger autorisé par le Gouvernement à s'établir en France (100). La Cour de Lyon a décidé, par exemple, que l'obtention par un étranger d'un brevet d'imprimeur lithographe, et le fait d'avoir accompli les déclarations exigées pour la création d'un journal, ne pouvaient équivaloir à l'autorisation générale du domicile, ni, par conséquent, le dispenser de fournir la caution *judicatum solvi* (101).

L'autorisation de résider en France peut d'ailleurs être tacite dans certains cas, mais à la condition que les faits d'où on l'induit, supposent nécessairement de la part du Gouvernement l'intention de l'accorder (102).

45. — L'étranger seul doit donner cette garantie, mais elle est due par tout étranger.

Il n'y a pas à distinguer entre celui qui est étranger d'origine et qui a toujours conservé cette qualité, et celui qui n'est devenu tel que par un fait postérieur à sa naissance. Les articles 16, C. civ. et 166, C. pr. sont, en effet, conçus en termes généraux et ne font aucune distinction. C'est ainsi que le Français qui a abdiqué sa patrie, et s'est établi à l'étranger sans esprit de

(99) Civ. cassat., 20 mai 1862 ; Dal., 62, 1, 201. — Alger, 4 mars 1874 ; Dal., 75, 2, 62.

(100) Trib. civ. Seine, 4 mai 1878 ; *J. dr. int.*, 78, p. 493.

(101) 26 juin 1873 ; Dal., 74, 2, 120.

(102) Dal., *Répert.*, V^o *Droit civil*, n^o 386. — Alger, 16 novembre 1874 ; *J. dr. int.*, 76, p. 268.

retour, doit, comme l'étranger d'origine, être soumis à l'obligation de fournir caution, lorsqu'il poursuit son débiteur français devant les tribunaux de France (art. 17, C. civ.) (103).

La caution sera due également par le Français devenu étranger par suite de l'annexion d'une portion du territoire français à un pays étranger, et spécialement par l'Alsacien-Lorrain devenu Allemand faute d'option en temps utile. Il ne pourrait se prévaloir de sa qualité d'ancien régnicole, pour prétendre se soustraire à l'obligation de la fournir. (104).

46. — L'obligation dont nous parlons pèse sur tout étranger, quelle que soit d'ailleurs sa qualité ou sa dignité. Déjà dans notre ancien droit cette règle était générale et applicable au noble, comme au roturier, parce que ses motifs ne pouvaient faire admettre aucune restriction en faveur de l'un plutôt que de l'autre (105).

Le caractère d'ambassadeur ou d'agent diplomatique ne serait même pas une cause d'exemption. On cite, à ce sujet, un arrêt du 15 mars 1732, par lequel le comte de Golowkin, ambassadeur de la Czarine en France, fut condamné à fournir la caution *judicatum solvi* (106). La loi s'exprime, en effet, d'une manière très-générale, et son texte ne comporte aucune exception. Il ne saurait être question ici des privilèges que les usages internationaux accordent à ces personnes, car, en se portant demanderesses devant nos tribunaux, elles ont en quelque sorte renoncé à leur caractère, et doivent se soumettre aux lois du pays dont elles acceptent la juridiction. Les motifs sur lesquels repose la garantie donnée aux Français par l'article 16, se retrouvent d'ailleurs ici dans toute leur force, et la qualité d'agent diploma-

(103) Boncenne, t. III, p. 180.

(104) Paris, 24 fév. 1877; *J. dr. int.*, 77, p. 38. — Trib. civ. Seine, 13 avril 1877; *J. dr. int.*, 78, p. 160.

(105) Merlin, *Répert.*, *loc. cit.*, § 1^{er}, n° 8.

(106) Denisart, *Collection de décisions nouvelles, caut. jud. sol.*, § 1^{er}, n° 3.

tique, bien loin de pouvoir être considérée comme une cause de sécurité suffisante, comme une dispense de donner caution, semble être, au contraire, une raison de plus de l'exiger, puisque cette qualité peut constituer une entrave à l'exécution du jugement français (107).

C'est pour la même raison que la caution pourra être exigée des souverains étrangers, lorsqu'ils se porteront demandeurs contre des sujets français. Merlin nous rapporte, à ce sujet, un jugement du 11 janvier 1777, qui condamna le prince de Hohenlohe, demandeur, à fournir au prince de Nassau-Siegen, défendeur, la caution *judicatum solvi*. Le demandeur parvint à faire casser le jugement à cause de quelques vices de forme, mais l'affaire ayant été renvoyée à la grand'chambre du Parlement de Paris, celui-ci rendit un arrêt complètement semblable, le 23 mai 1781. « Pourquoi, disait M. l'avocat général Séguier, un souverain en serait-il exempt? Il n'est souverain que dans ses Etats; sa qualité est, au contraire, un titre de plus pour exiger de lui la caution, puisqu'il ne serait pas possible de mettre à exécution dans ses Etats la condamnation qu'il aurait encourue » (108).

Plus récemment une application de ce principe a été faite, en Angleterre, au roi de Grèce, Othon I^{er}, qui fut condamné à fournir caution, en sa qualité de demandeur contre un négociant anglais (109).

47. — Il n'y a pas non plus à rechercher si l'étranger a contracté directement avec un Français, ou si, au contraire, il n'est

(107) Massé, t. II, n° 740, p. 17. — Aubry et Rau, t. VIII, § 747 bis, p. 128, n. 7. — Chauveau, sur Carré, t. II, Quest. 701. — Rodière, t. II, p. 42. — Demolombe, t. I^{er}, n° 255, p. 410. — Boitard, t. I^{er}, p. 324.

(108) Boncenne, t. III, p. 173. — Aubry et Rau, *loc. cit.* — Rodière, *loc. cit.* — Boitard, *loc. cit.* — Demolombe, *loc. cit.* — Ponsot, *Du cautionnement*, n° 320, p. 489. — Merlin, *Répert.*, *loc. cit.*, § 1^{er}, n° 8, et *Questions*, *loc. cit.*, § 2.

(109) Massé, t. II, n° 740, p. 18.

devenu créancier que par suite d'une cession. Dans un cas, comme dans l'autre, il tombe sous l'application des articles 16, C. civ. et 166, C. pr., qui n'envisagent que la qualité d'étranger. Le droit de ne pas donner caution n'était pas inhérent à la créance; il était attaché à la qualité du cédant, qualité qu'il n'a pu transmettre. La créance est aujourd'hui entre les mains d'un étranger et, dès lors, l'esprit de la loi, aussi bien que son texte, autorise le débiteur cédé à réclamer la garantie qu'elle a entendu lui accorder (110).

48. — L'étranger admis au bénéfice de l'assistance judiciaire à raison de son indigence, n'en demeure pas moins, lorsqu'il est demandeur, tenu de fournir la caution *judicatum solvi*. Ce bénéfice a bien pour résultat de le dispenser provisoirement de certains frais, dont l'avance aurait été un obstacle à l'exercice de son action, mais il ne porte aucune atteinte au droit du Français défendeur, et à la garantie que la loi lui permet d'exiger pour assurer l'exercice ultérieur de ses droits. La loi de 1851, comme le fait remarquer fort justement le tribunal de Sartène (111), n'a d'autre effet que celui de dispenser l'assisté du paiement des sommes qui seraient dues, soit à l'enregistrement, soit aux greffiers et officiers ministériels. L'étranger ne pourrait donc se prévaloir de ce bénéfice, comme tenant lieu de caution et servant de garantie pour le remboursement des frais exposés par le défendeur, et encore moins pour le paiement des dommages-intérêts qui pourront lui être alloués (112).

(110) Bodin, *Rev. pratique*, t. V, p. 148. — Bonfils, n° 120.

(111) 2 mai 1859 — Dal., 66, 3, 104, n. 1.

(112) Trib. civ. Seine, 18 octobre 1856 — Trib. civ. Soissons, 28 août 1861; Dal., 61, 5, 195. — Trib. civ. Seine, 29 déc. 1868; S., 69, 2, 123. — Une décision du bureau d'assistance judiciaire près la Cour de Nancy (20 mai 1865; S., 65, 2, 243), porte que la faculté de réclamer l'assistance judiciaire ne peut être reconnue à l'étranger indigent, qui ne justifie pas d'une autorisation d'établir son domicile en France, alors qu'il n'existe, à cet égard, aucune réciprocité entre la France et le pays de cet étranger. Une solution contraire a cependant été consacrée par une décision du bureau près la Cour de Paris, en date du 18 décembre 1855; Dal., 66, 3, 80, n. 2.

Des conventions diplomatiques peuvent d'ailleurs intervenir pour dispenser de cette obligation l'étranger admis au bénéfice de l'assistance judiciaire. C'est ce qui a été décidé notamment par l'article 3 du traité conclu, le 14 mars 1879, entre la France et l'Autriche, et promulgué par décret du 19 mars 1880 (113).

49. — Lorsqu'il y a plusieurs demandeurs, dont l'un étranger et les autres français, l'étranger ne pourrait, pour se soustraire à l'obligation de fournir caution, se prévaloir de ce que l'intérêt de ses codemandeurs français exige sa présence au procès (114). Toutefois il en serait dispensé, si, ayant été déclaré non-recevable dans sa demande, faute de fournir caution, il était ensuite réassigné en intervention par les demandeurs, car il ne serait plus alors véritablement demandeur, mais défendeur intervenant dans l'intérêt des demandeurs.

50. — Si le demandeur devient étranger au cours du procès, le défendeur pourra réclamer la caution, à moins qu'il ne se soit rendu non-recevable à l'exiger, en faisant quelque acte de procédure qui implique l'intention de poursuivre le procès, postérieurement au jour où il a acquis la connaissance de la qualité d'étranger survenue chez le demandeur. Il a été fait application de cette règle dans une espèce où il s'agissait d'une femme demanderesse qui, au cours du procès, s'était mariée avec un étranger. Elle avait, avant son mariage, subi un interrogatoire sur faits et articles, et le défendeur connaissant le mariage, lui avait signifié le procès-verbal de cet interrogatoire (115).

51. — Sous le nom d'étranger, l'article 16 comprend, comme les articles 14 et 15, les personnes morales, aussi bien que les simples particuliers, et notamment les sociétés étrangères dû-

(113) *J. dr. int.*, 1880, p. 611. — Voyez aussi n° 96.

(114) Gand, 12 juin 1879 ; *J. dr. int.*, 1881, nos I-II, p. 69. — Voyez également Gand, 1^{er} juillet 1875 ; *J. dr. int.*, 78, p. 510.

(115) Trib. civ. Bruxelles, 25 février 1876 ; *J. dr. int.*, 78, p. 510.

ment autorisées, qui se portent demanderesses contre des Français (116).

Cette obligation pèsera également sur l'Etat étranger qui poursuit un Français devant les tribunaux de son pays, à la juridiction desquels il se soumet volontairement. Dans ce cas, en effet, nous rencontrons dans toute leur force les motifs qui ont porté le législateur à exiger cette garantie de l'étranger, en général, et qui nous ont conduit à l'exiger, en particulier, de l'agent diplomatique et du souverain lui-même. On peut dire que la protection accordée ici aux Français, se trouve d'autant plus justifiée que de plus grandes difficultés doivent se présenter, lorsqu'il s'agira de mettre le jugement à exécution.

52. — La qualité d'étranger, telle est donc la première condition nécessaire pour qu'un plaideur soit tenu de fournir la caution *judicatum solvi*. Il faut de plus, aux termes des articles 16, C. civ. et 166, C. pr., que cet étranger soit demandeur. L'étranger qui vient en France former une demande contre un de nos concitoyens, se soumet par là même aux conditions qui règlent, dans l'intérêt du défendeur, l'exercice de son action. Il ne faut pas que le sujet d'un Etat étranger puisse venir troubler sans raison les nationaux et les soumettre à des vexations continues. « Mais, disait déjà Merlin, si, au lieu de demander, il ne fait que se défendre, si, au lieu de venir troubler le repos des Français, il se borne à repousser leurs attaques, si, au lieu du rôle toujours défavorable d'agresseur, il n'emploie que la faculté si juste et si naturelle d'écarter par ses réponses la condamnation que l'on provoque contre lui, alors plus d'obligation pour lui de tranquilliser son adversaire sur le recouvrement de ses frais, plus de caution *judicatum solvi* » (117). Le défendeur, en effet, est

(116) Lyon-Caen, *Condition des sociétés étrangères en France*, p. 54. — Paris, 27 juillet 1875 ; Dal., 77, 2, 118.

(117) *Répert.*, loc. cit., § 1^{er}, n° 2.

réduit à se défendre par cela même qu'il est attaqué, et rien ne doit gêner, au profit du demandeur, l'exercice de la défense que lui-même à rendue nécessaire.

53. — Il faut rapprocher de l'article 16, l'article 166, C. pr., qui vient expliquer ce qu'il faut entendre par le mot : demandeur, écrit dans la première de ces dispositions. Il impose l'obligation de fournir caution à « tout étranger, demandeur principal ou intervenant. »

Le demandeur principal est celui qui introduit l'instance. Le défendeur, c'est la partie qui repousse la demande, et elle conserve cette qualité dans tout le cours du procès, tant que les moyens employés par elle, ne constituent qu'une défense à l'action. On ne peut donc exiger la caution de l'étranger qui, assigné devant nos tribunaux, aux termes de l'article 14, forme, dans la même instance, une demande reconventionnelle qui n'est par elle-même qu'un moyen de repousser la prétention du demandeur (117 *bis*). Mais il en serait autrement, si la demande formée par l'étranger ne pouvait à aucun égard être considérée comme une défense à l'assignation qui lui a été préalablement donnée (118).

La même solution devrait être donnée, au cas où l'étranger défendeur appellerait un tiers en garantie. Bien qu'il soit demandeur vis-à-vis du garant, il n'en conserve pas moins sa qualité primitive de défendeur; le fait même de l'assignation en garantie n'est qu'une continuation de la défense, et, dès lors, il ne saurait être tenu de l'obligation de fournir caution.

54. — Le demandeur principal est donc seul tenu de fournir la caution, mais tout étranger, demandeur principal, sera soumis à cette obligation, aux termes de l'article 166, C. pr.

(117 *bis*) Denisart, *op. cit.*, V° *Caut. jud. sol.*, § 1^{er}, n° 10. — Aubry et Rau, t. VIII, § 747 *bis*, p. 127, n. 3. — Fœlix, t. I^{er}, n° 190, p. 394. — Rodière, t. II, p. 42. — Boitard, t. I^{er}, p. 324. — Demolombe, t. I^{er}, n° 255. — Demante et Colmet de Santerre, t. I^{er}, n° 30 *bis*, III.

(118) Paris, 27 juin 1875; Dal., 77, 2, 118.

Il y a toutefois certaines procédures dans lesquelles l'énonciation nominale des qualités que prennent les plaideurs, lorsqu'ils se présentent devant le juge, n'exprime pas toujours leur véritable position dans l'instance. Il ne faut pas, en pareil cas, s'attacher aux apparences, mais rechercher quel est, en réalité, le rôle joué par chacune des parties. Examinons quelques hypothèses, et demandons-nous si l'étranger joue, en réalité, le rôle de demandeur, ou s'il doit, au contraire, être considéré comme défendeur, dispensé en cette qualité de fournir la caution *judicatum solvi*.

Il nous paraît certain que la caution peut être exigée de l'étranger qui forme une demande en revendication d'objets saisis sur un tiers. Il ne doit, sans doute, souffrir aucun préjudice de l'existence d'une saisie qui a mal à propos et arbitrairement enveloppé une partie des effets qu'il prétend lui appartenir, mais, en réclamant la propriété des objets saisis, non sur lui, mais sur un tiers, il se constitue demandeur et doit fournir la garantie exigée par le défendeur (119).

Il est vrai que, par un arrêt du 9 mars 1872 (119 bis), la Cour de Nancy a décidé que la caution *judicatum solvi* n'est pas due par l'étranger qui demande la main-levée d'une saisie, pratiquée contre une autre personne, sur des meubles garnissant une maison dont il est locataire par bail enregistré ; mais il faut remarquer que cette décision se justifie par les circonstances de l'espèce sur laquelle la Cour était appelée à statuer. Le demandeur excipait, en effet, d'un bail régulier en la forme et enregistré, qui l'autorisait à se dire locataire des lieux dans lesquels la saisie avait été pratiquée. La Cour tire de là cette conséquence, que les meubles saisis sont censés appartenir à ce locataire, aux termes de l'article 2279, C. civ., de telle sorte qu'en s'opposant à la saisie

(119) Demolombe, t. I^{er}, n^o 255, p. 410. — Paris, 3 mars 1854; Dal., 54, 2, 63. — Trib. civ. Seine, 16 juin 1880; *J. dr. int.*, 1880, p. 392.

(119 bis) Dal., 72, 2, 238.

de ces meubles, il ne fait que se défendre *ex necessitate* contre le trouble qui l'oblige à ester en justice. Il résulte des considérants mêmes de cet arrêt qu'une autre solution aurait été donnée, sans le concours de ces circonstances. Il faut reconnaître, en effet, que la caution peut être exigée du demandeur étranger, toutes les fois qu'il se prétend propriétaire des objets saisis, et que, pour se les faire attribuer, il vient demander la mainlevée de la saisie qui a été pratiquée sur un tiers (120).

54 *bis*. — Il faut, au contraire, considérer comme défendeur, dispensé de la caution, l'étranger qui demande la nullité ou la mainlevée d'une saisie qui a été pratiquée contre lui à la requête d'un Français (121). Merlin nous rapporte, à ce sujet, un arrêt du Parlement de Douai, du 4 janvier 1772, qui avait infirmé la sentence du premier juge et consacré déjà la solution que nous venons d'indiquer (121 *bis*). L'étranger ne fait, en effet, que se défendre contre la saisie qui constitue l'attaque, et, dès lors, il doit pouvoir obtenir l'entrée du tribunal, sans être tenu de fournir préalablement la caution *judicatum solvi* (122).

Remarquons toutefois que la même solution ne saurait être donnée dans certaines hypothèses qui présentent cependant de l'analogie avec la précédente. C'est ainsi que nous approuvons, pour notre part, un jugement du tribunal civil de Versailles, portant que l'étranger, locataire, qui demande contre son propriétaire la restitution de meubles que celui-ci détient, ne joue pas dans la procédure le rôle de défendeur et doit fournir la

(120) Trib. civ. d'Anvers, 12 novembre 1874 ; *J. dr. int.*, 76, p. 297.

(121) Merlin, *Répert.*, *loc. cit.*, § 1^{er}, n° 3. — Aubry et Rau, t. VIII, § 747 *bis*, p. 128, n. 5. — Chauveau, sur Carré, t. II, Quest. 698. — Boncenne, t. III, p. 177 et 178. — Rodière, t. II, p. 42. — Demolombe, *loc. cit.* — Ponsot, *Du Cautionnement*, n° 393, p. 490. — Fœlix, t. 1^{er}, p. 393, n° 190. — Massé, t. II, n° 729.

(121 *bis*) *Répert.*, *loc. cit.*

(122) Trib. civ. Seine, 22 janvier 1876 ; *J. dr. int.*, 77, p. 142. — 7 août 1879 ; *J. dr. int.*, 79, p. 541.

caution. « Attendu que si B. est propriétaire des meubles dont s'agit, H., en sa qualité de bailleur, est investi sur les mêmes meubles d'un droit de gage et, par suite, de détention, pour garantie des obligations contractées par le teneur, — qu'en conséquence, B., en agissant à l'effet de se faire restituer ces meubles avant l'apurement de son compte avec son bailleur, remplit le rôle de demandeur aussi bien au fond qu'en la forme... » (123).

Il a encore été jugé que la caution est due par l'étranger qui conteste un règlement provisoire de contribution (123 *bis*). La Cour de Bordeaux a, au contraire, décidé qu'on ne pouvait imposer cette obligation à l'étranger qui demande la main-levée d'une opposition, faite sur des valeurs dépendant d'une succession dans laquelle il a des droits (123 *ter*).

55. — De ce que l'étranger qui demande la nullité d'une saisie, doit être considéré comme défendeur et dispensé de donner caution, faut-il en conclure que celui qui procède à la saisie est un demandeur, et un demandeur soumis à l'obligation de fournir cette garantie? « Il ne paraît pas, disait déjà Merlin, qu'il puisse s'élever là-dessus de difficulté, lorsqu'il s'agit d'une saisie formée, soit en vertu d'un titre non exécutoire, soit sans titre, en vertu de la permission du juge » (124). L'étranger qui veut faire déclarer une saisie bonne et valable, forme véritablement une demande principale, introductive d'instance, ce qui autorise le Français à exiger de lui qu'il donne caution pour les dépens et dommages-intérêts auxquels il pourra être condamné, si la saisie vient à être déclarée irrégulière ou mal fondée (125).

(123) 31 déc. 1875 ; *J. dr. int.*, 77, p. 224.

(123 *bis*) Paris, 22 juil. 1840 ; *S.*, 40, 2, 429.

(123 *ter*) 3 mars 1880 ; *J. dr. int.*, 1880, p. 393.

(124) *Répert.*, *loc. cit.*, § 1^{er}, n° 3.

(125) Bonfils, n° 136, p. 120. — Massé, t. II, n° 732, p. 11. — Chauveau, sur Carré. Quest. 698. — Trib. civ. Seine, 17 mai 1879 ; *J. dr. int.*, 79, p. 485.

Mais pourra-t-on encore opposer l'exception de l'article 16 à l'étranger, porteur d'un titre exécutoire ? Il nous paraît impossible de reconnaître un pareil droit au Français. C'est l'étranger, sans doute, qui a pris l'initiative de la poursuite, mais nous ne voyons plus ici un homme qui vient requérir des tribunaux la condamnation de la partie adverse. Il ne s'agit que de l'exécution d'un titre paré, dans lequel se trouve la condamnation du débiteur, et ce serait vraiment paralyser ce titre, que d'ordonner la caution au moindre incident de procédure soulevé par le débiteur. « L'étranger, porteur d'un titre paré, dit M. Duranton, ne doit pas de caution pour le faire exécuter : il ne demande rien aux tribunaux ; c'est le chef de l'Etat qui ordonne directement aux officiers par lui préposés de prêter leur ministère pour l'exécution du titre, lorsqu'ils en seront légalement requis » (126). Si le Français réclame des garanties, le créancier étranger pourra toujours lui répondre qu'il est légalement présumé son débiteur, et que le montant de la dette constitue entre ses mains un gage suffisant pour répondre des condamnations qu'il pourra obtenir. En présence de cette présomption légale et d'une poursuite basée sur un pareil fondement, on ne saurait raisonnablement astreindre le saisissant à fournir une garantie, destinée à rassurer les Français contre la mauvaise foi et les vexations des étrangers (127).

C'est ainsi qu'on ne devrait pas exiger la caution de l'étranger qui fait pratiquer une saisie en vertu d'un jugement de

(126) T. I^{er}, n° 164, p. 111.

(127) Dal., *Répert.*, V° *Exceptions*, n° 61. — Ponsot, *op. cit.*, n° 395, p. 492. — Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. I^{er}, *Notes*, p. 26, n° 4. — Bonfils, n° 136, p. 120. — Massé, t. II, n° 732, p. 11 et 12. — Merlin, *Répert.*, *loc. cit.* — Fœlix, t. I^{er}, n° 140, p. 301. — Rodière, t. II, p. 42. — Boncenne, t. III, p. 178. — Chauveau, sur Carré, *loc. cit.* — Demolombe, I. I^{er}, n° 255, p. 410. — Req. rej., 9 avril 1807 ; Dal., *Répert.*, *loc. cit.* — Bordeaux, 3 fév. 1835 ; Dal., *Répert.*, *loc. cit.* — V. cependant, Jaccoton, *Rev. légist.*, t. 43, p. 195.

condamnation prononcé à son profit, car il ne forme pas alors une demande principale, dans le sens des articles 16 et 166, mais il ne fait que réaliser les résultats d'une demande antérieurement reconnue bien fondée par le jugement qui lui sert de titre (128).

Il faudrait également donner la même solution, au cas où l'étranger serait porteur d'un titre exécutoire autre qu'un jugement, car, ainsi que le dit la Cour de Bordeaux, « la saisie ne constitue pas une demande nouvelle, mais elle n'est qu'un moyen d'exécution » (129).

Cependant il peut arriver que le défendeur conteste la validité du titre, et soutienne qu'il n'est pas exécutoire, ou qu'il lui est étranger. D'une part, serait-il permis au saisi, par des objections sans fondement, de paralyser entre les mains de l'étranger un titre exécutoire? D'autre part, serait-il juste que l'étranger pût, à l'aide d'un titre sans valeur, s'affranchir de l'obligation de donner caution? Merlin nous rapporte un arrêt du Parlement de Flandre, du mois de juillet 1784, par lequel le demandeur fut condamné à donner caution, alors que le défendeur prétendait qu'il n'avait pas été partie au contrat, et que le titre n'était pas obligatoire pour lui (130). Nous croyons que cette solution serait encore vraie aujourd'hui. Nous avons vu, en effet, que, si l'étranger doit être dispensé de fournir caution, c'est qu'il est porteur d'un titre valable et exécutoire, qui contient la condamnation du débiteur; mais ce motif fait défaut, dès que la contestation roule sur la validité du titre, et que le défendeur prétend qu'il n'est pas exécutoire sur ses biens (131). Il ne faut pas, sans doute, que le défendeur puisse, en soulevant la moindre objection, enlever toute efficacité à un titre authen-

(128) Bruxelles, 26 fév. 1824; Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 62.

(129) 3 fév. 1835; Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 61.

(130) *Répert.*, *loc. cit.*, § 1^{er}, n° 12.

(131) Liège, 29 nov. 1828; Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 61.

tique ; encore faut-il que la contestation soit sérieuse. On devra, sur ce point, s'en rapporter au pouvoir discrétionnaire des tribunaux, qui ne manqueront pas d'ordonner la caution, s'il apparaît à la simple inspection du titre, qu'il est fabriqué, qu'il ne porte aucune condamnation, ou qu'il s'applique à toute autre personne que le défendeur (132).

56. — Ce que nous avons dit de l'étranger qui demande la nullité d'une saisie, nous l'appliquerons également à celui qui demande la main-levée d'une opposition à délivrance d'un legs (133).

De même encore il a été décidé, à raison, que l'étranger arrêté provisoirement, qui demandait la nullité de son arrestation, était défendeur et, comme tel, dispensé de fournir la caution (134). Il est évident, en effet, pour prendre les expressions mêmes de la Cour de Paris, que l'étranger préventivement arrêté, ne faisait que répondre à l'initiative prise contre lui par le créancier, alors qu'il poursuivait sa sortie de prison et plaidait pour sa liberté.

Il en serait ainsi, alors même qu'en demandant la nullité de la saisie ou de l'emprisonnement, l'étranger aurait conclu à des dommages-intérêts, car il n'y a pas là une demande principale, tombant sous l'application des articles 16 et 166 (135).

On ne saurait non plus exiger cette garantie de l'étranger opposant à une ordonnance d'*exequatur*, obtenue par un Fran-

(132) Bonfils, n° 136, p. 121. — Chauveau, sur Carré, *loc. cit.*

(133) Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 65 *in fine*. — Bonfils, n° 134, p. 120. — Trib. civ. Seine, 13 novembre 1836 ; Dal., *Répert.*, *loc. cit.*

(134) Bonfils, n° 135, p. 120. — Aubry et Rau, t. VIII, § 747 *bis*, p. 128, n. 6. — Fœlix, t. I^{er}, n° 190. — Boncenne, t. III, p. 177. — Chauveau, sur Carré, Quest. 698. — Massé, t. II, n° 730, p. 10. — Bruxelles, 21 juin 1826, rapporté par Chauveau, sur Carré, *loc. cit.* — Trib. civ. Seine, 22 oct. 1831 ; S., 31, 2, 327, à la note. — Paris, 24 avril 1849 ; Dal., 49, 2, 222. — *Contrà* : Legat, p. 311. — Paris, 20 oct. 1831 ; S., 31, 2, 327.

(135) Massé, *loc. cit.*, p. 11. — Bonfils, *loc. cit.* — Fœlix, *loc. cit.*

çais, car une telle demande à fin d'opposition ne peut être assimilée à une demande principale ou en intervention (136).

Mais il en serait autrement, si l'étranger, porteur d'un jugement rendu à son profit contre un Français par un tribunal étranger, se présentait devant la justice française pour en obtenir l'*exequatur*. Il devrait alors être soumis à la règle générale de l'article 16, peu importe d'ailleurs le rôle qu'il eût joué devant le tribunal étranger, car il est réellement demandeur devant la justice française, et l'on ne doit s'occuper que de l'instance française, celle dont les frais et les dommages-intérêts seront garantis par la caution requise (137). Nous aurons l'occasion de revenir plus longuement sur cette question dans le paragraphe suivant (n^{os} 62 et 68).

57. — Jusqu'ici nous avons supposé que le procès n'avait donné lieu qu'à une seule instance ; mais il se peut que le jugement soit frappé d'appel ; il se peut aussi que la partie qui a succombé en cause d'appel, se pourvoie en cassation, ou ait recours à la voie de la requête civile. Enfin, une personne qui n'a pas été partie au procès, peut former tierce opposition à un jugement qui lui porte préjudice. Quelles règles devons-nous suivre dans ces différentes hypothèses, en ce qui concerne la caution *judicatum solvi* ?

Il ne saurait y avoir de difficulté, lorsque l'étranger défendeur au moment de l'introduction de la demande, conserve ce rôle dans les autres phases du procès. Il est bien évident qu'il ne pourra jamais être tenu de fournir caution.

Il en serait de même, si l'étranger, défendeur en première instance, interjetait appel du jugement rendu au profit du Français, car l'appel n'est que la continuation de la défense, et la prétention de l'intimé serait d'autant moins admissible qu'elle priverait du second degré de juridiction, c'est-à-dire du droit

(136) Aix, 11 fév. 1875 ; *J. dr. int.*, 76, p. 101.

(137) Nancy, 16 juin 1877 ; *Dal.*, 78, 2, 109.

naturel de se défendre, l'étranger qui serait hors d'état de fournir la caution demandée. C'est ce qu'avait décidé autrefois le Parlement de Paris par plusieurs arrêts, et notamment par un arrêt du 16 janvier 1710 (138), et cette solution a été également consacrée par la doctrine et la jurisprudence (139).

Il importe peu d'ailleurs que cet étranger appelant ait conclu à des dommages-intérêts reconventionnels, car de telles conclusions, en tant qu'accessoires et opposées en défense à titre de reconvention, ne sauraient motiver contre lui l'application des articles 16, C. civ. et 166, C. pr. (art. 464, C. pr.) (140).

Ce que nous avons dit de l'étranger défendeur qui interjette appel, serait vrai également de celui qui ferait opposition à un jugement qui l'aurait condamné par défaut (141).

58. — Un arrêt du Parlement de Flandre, du 12 janvier 1784 (142), a décidé également que l'étranger, demandeur originaire, conservait cette qualité en cause d'appel, bien qu'il fût intimé, et l'a soumis à l'obligation de fournir caution. Cette question devrait encore aujourd'hui recevoir la même solution, car le Français défendeur, de même que l'étranger dans l'hypothèse précédente, ne fait que continuer sa défense en interjetant appel du jugement, et, de son côté, l'étranger ne se défend

(138) Merlin, *Répert.*, *loc. cit.*, § 1^{er}, n° 4.

(139) Ponsot, *op. cit.*, n° 394, p. 491. — Aubry et Rau, t. VIII, § 747 bis, p. 127, n. 4. — Merlin, *loc. cit.* — Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. 1^{er}, *Notes*, p. 26, n° 4. — Carré, t. II, Quest. 700. — Jaccoton, *loc. cit.*, p. 197. — Demolombe, t. 1^{er}, n° 255, p. 409. — Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. 1^{er}, § 60, p. 79, n. 11. — Boncenne, t. III, p. 179. — Legat, p. 314. — Bonfils, n° 138, p. 121. — Massé, t. II, n° 733, p. 12. — Fœlix, t. 1^{er}, n° 139, p. 301. — Metz, 27 août 1817; C. n., 5, 2, 320. — Limoges, 20 juil. 1832; S., 32, 2, 594 et 595. — Paris, 31 janv. 1835; Dal., *Répert.*, V° *Exceptions*, n° 58. — Nancy, 18 août 1875; *J. dr. int.*, 76, p. 454. — V. cependant, Demangeat, sur Fœlix, *loc. cit.*, n. a.

(140) Paris, 20 avril 1877; *J. dr. int.*, 78, p. 159.

(141) Rodière, t. II, p. 41.

(142) Merlin, *Répert.*, *loc. cit.*, § 1^{er}, n° 4.

contre l'appel que pour soutenir la demande qu'il a lui-même introduite. Il peut paraître rigoureux d'exiger une telle garantie de l'étranger intimé, mais cette solution nous semble la seule conforme aux véritables principes (143).

A plus forte raison doit-on reconnaître au Français intimé le droit d'exiger la caution de l'étranger demandeur originaire, qui interjette appel du jugement. Au fond, comme en la forme, l'étranger continue de jouer le rôle de demandeur, et il faut bien que le Français puisse obtenir des sûretés pour les frais et dommages-intérêts qui pourront résulter de l'appel, et qui ne seront pas garantis par la caution fournie en première instance (144).

Dans ces différentes hypothèses, le Français défendeur originaire, qui aura déjà demandé et obtenu la caution en première instance, pourra donc encore en demander une nouvelle en cause d'appel, de l'étranger intimé ou appelant. Nous verrons un peu plus loin, en recherchant à quel moment cette garantie doit être demandée, si, malgré son silence devant les premiers juges, le Français pourrait encore exiger la caution en appel.

59. — Nous appliquerons à la requête civile et au pourvoi en cassation les règles que nous venons de tracer pour l'appel, c'est-à-dire qu'il faudra toujours rechercher quelle a été la qualité de l'étranger, lors de l'introduction de l'instance. Jouait-il alors le rôle de défendeur, il ne pourra être tenu de fournir caution, bien qu'il ait recours aux voies extraordinaires dont nous parlons. Était-il demandeur, il sera soumis à cette obligation, bien que ce soit le Français qui se pourvoie en cassation, ou agisse par la voie de la requête civile.

(143) Boncenne, t. III, p. 179. — Carré, t. II, Quest. 700. — Bonfils, n° 139, p. 122. — Merlin, *Répert.*, *loc. cit.* — Massé, t. II, n° 734, p. 12. — Fœlix, t. Ier, n° 138, p. 300. — Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 59. — Bruxelles, 20 janvier 1870; Dal., 70, 2, 156. — *Contrà*: Demangeat, sur Fœlix, *loc. cit.*, n. a. — Chauveau, sur Carré, *loc. cit.* — Jaccoton, *loc. cit.*, p. 198. — Aix, 9 juil. 1874; Dal., 76, 2, 136.

(144) Paris, 14 mai 1831; S., 31, 2, 177. — Bordeaux, 23 janvier 1849; S., 51, 2, 45. — Lyon, 26 juin 1873; Dal., 74, 2, 130.

On a dit, il est vrai, qu'à la différence de l'appel, ces voies extraordinaires laissent subsister la chose jugée, l'arrêt constituant une vérité légale, tant qu'il n'a été ni cassé ni rétracté. Le droit qui faisait l'objet du litige, ajoute-t-on, est acquis à la partie qui a gagné son procès. Celle qui l'a perdu, n'a plus, comme sur l'appel, à défendre ce droit ou cette propriété; elle a désormais, si l'on ose parler ainsi, à reconquérir ce qui est devenu le droit d'autrui; et, par conséquent, elle a perdu, par la décision souveraine, sa qualité de défenderesse au fond.

Malgré cette argumentation nous croyons notre opinion plus conforme aux motifs dont s'est inspiré le législateur, en édictant les règles sur la caution *judicatum solvi*. Il ne faut pas qu'un étranger vienne à la légère traduire un Français devant les tribunaux de notre pays, sans donner au défendeur quelque garantie pour l'exécution des condamnations qui pourront être prononcées à son profit. Mais, lorsque c'est l'étranger qui est attaqué, on ne saurait mettre aucune entrave au droit qui lui appartient de répondre à l'attaque par tous les moyens établis par la loi; or, le recours en cassation et la requête civile sont des moyens qui rentrent dans l'exercice du droit de défense, et qui en sont, pour ainsi dire, le corollaire. De son côté, le Français, défendeur originaire, a le droit de recourir à ces moyens de défense, et, en conservant son véritable caractère de défendeur, il conserve aussi le droit d'exiger la caution *judicatum solvi* (145).

La caution serait due, au contraire, par l'étranger qui viendrait demander, par la voie de la tierce opposition, la réformation, dans son intérêt, d'un jugement dont l'exécution lui causerait préjudice (146).

(145) Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, V^o *Caution judic. solvi*, § 1^{er}, n^o 10. — Dal., *Répert.*, V^o *Exceptions*, n^o 60. — Carré. Quest. 700. — Massé, t. II, n^o 733. p. 12. — *Contrà*: Demolombe, t. 1^{er}, n^o 255, p. 409.

(146) Dal., *loc. cit.*, *in fine*.

60. — Jusqu'ici nous avons toujours supposé que l'étranger avait été partie au procès dès le début; mais il se peut qu'il vienne s'engager dans une instance déjà pendante entre deux plaideurs. Aux termes de l'article 166, C. pr., le demandeur intervenant est tenu de fournir caution, comme le demandeur principal. L'intervention peut se faire de différentes manières. L'étranger peut venir se joindre au défendeur pour contester la demande principale. Dans ce cas, il est certain qu'il prend le rôle de défendeur, puisqu'il combat l'action originaire. Il peut venir soutenir le demandeur contre le défendeur, et alors il doit fournir la caution, car, unissant ses efforts à ceux du demandeur, il prend le même rôle que lui dans l'instance. Il se peut enfin que l'étranger s'engage dans le débat, pour réclamer à son profit l'attribution de la chose qui fait l'objet du litige. Il se porte alors demandeur contre les deux parties, et devra donner la caution *judicatum solvi*, si elle est requise (147).

Remarquons d'ailleurs que nous avons toujours entendu parler d'une intervention spontanée de la part de l'étranger. Si, au contraire, elle était forcée, et s'il avait été mis en cause par le défendeur, ou même par le demandeur principal, cette assignation le constituerait véritablement en état de défense, et le mettrait à l'abri de l'exception dont il s'agit (148).

§ 3. — *Dans quels cas la caution peut-elle être exigée.*

61. — « En toutes matières, porte l'article 16, C. civ., l'étranger qui sera demandeur, sera tenu de donner caution. »

Voilà certes une règle bien générale, qui doit nous conduire

(147) Delvincourt, t. 1^{er}, *Notes*, p. 26, n° 5. — Chauveau, sur Carré, t. II, Quest. 697 *bis*, p. 159.

(148) Chauveau, sur Carré, *loc. cit.* — Massé, t. II, n° 727, p. 10. — Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n°s 67 et 68. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 1^{er}, § 60, p. 79, n. 11. — Bonfils, n° 142, p. 123.

à décider que cette garantie peut être exigée de l'étranger, toutes les fois que la loi n'a pas apporté d'exception à ce principe. Il n'y a donc pas de distinction à faire d'après le caractère ou l'objet de la demande, et le juge ne pourrait en dispenser l'étranger qui introduirait une action ayant pour but d'obtenir une pension alimentaire (149). Merlin nous parle d'un arrêt du Parlement de Toulouse, du 3 février 1730, qui déclara exempt de la caution, un étranger qui plaidait en demandant, au sujet d'une bourse d'étudiant dans la Faculté de médecine de Montpellier (150). Il ne saurait être question aujourd'hui d'exceptions de ce genre, en face des termes si précis et si généraux de la loi.

62. — L'étranger sera tenu de fournir au Français la garantie que la loi lui assure, non-seulement lorsqu'il portera directement son action devant les tribunaux, mais encore quand, après avoir obtenu dans son pays un jugement à son profit, il viendra demander à la justice française de le rendre exécutoire (151). Cette solution présente moins de difficultés, si l'on admet que le jugement étranger n'a pas en France l'autorité de la chose jugée, soit d'une manière générale, soit au moins lorsqu'il a été rendu contre un Français, et que le tribunal français, appelé à rendre exécutoire un tel jugement, a le droit et même le devoir de le réviser au fond dans l'intérêt privé des parties. On peut dire alors que c'est un véritable procès qui est engagé devant ce tribunal, et que l'étranger vient lui demander de prononcer contre son adversaire la condamnation déjà prononcée par les juges de sa nation (152).

(149) Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 69.

(150) *Répert.*, *loc. cit.*, § 1^{er}, n° 6.

(151) Nancy, 16 juin 1877; Dal., 78, 2, 109. — V. aussi les *Observations* sous cet arrêt, dans le *Recueil des arrêts de la Cour de Nancy*, 1878, p. 42, n° 2.

(152) Il existe, en France, sur l'autorité des jugements étrangers, des controverses qui durent depuis bien longtemps. L'opinion qui domine dans la jurisprudence, consiste à refuser aux jugements étrangers l'autorité de la chose jugée, ce que l'on exprime en disant que les tribunaux français ont

Nous croyons que cette solution serait vraie, alors même que l'on reconnaîtrait l'autorité de la chose jugée à tous les jugements étrangers, ou qu'un traité passé entre la France et le pays dans lequel le jugement a été rendu, consacrerait d'une manière formelle son autorité en France (153). C'est précisément

le droit et même le devoir de les réviser au fond. — Pau, 17 janvier 1872; S., 72, 2, 223. — Toulouse, 29 janv. 1872; S., 73, 2, 18. — Civ. cassat., 20 août 1872; S., 72, 1, 327. — Nancy, 11 juill. 1874; S., 74, 2, 318. — Dans un autre système, on soutient que le tribunal français n'a pas le droit de réviser au fond et dans l'intérêt privé des parties, mais seulement d'examiner si le jugement réunit les conditions d'un véritable jugement, et n'est pas contraire à une disposition de nos lois, touchant à l'ordre public. Quant à nous, nous faisons des vœux pour le triomphe de cette doctrine que la Cour de cassation avait d'abord consacrée en 1827, (Req. rej., 15 nov. 1827; C. n., 8, 1, 702), et qui l'a été également depuis cette époque, par quelques arrêts. — Paris, 23 fév. 1866; S., 66, 2, 300. — Enfin, une troisième opinion applique ces mêmes principes, quand le jugement a été rendu contre un étranger, mais elle décide qu'il peut être révisé au fond, lorsqu'il a été rendu contre un Français. Ce serait donc un retour à la distinction établie par l'ordonnance de 1629 (art. 121).

(153) Une déclaration du 11 septembre 1860, entre la France et l'Italie, est venue interpréter un traité du 24 mars 1760, dont la rédaction peu claire avait donné lieu à des difficultés. Il est expressément entendu que les cours chargées de donner l'*exequatur*, devront simplement examiner : 1° si la décision émane d'une juridiction compétente; 2° si elle a été rendue les parties dûment citées et légalement représentées ou défaillantes; 3° si les règles du droit public, ou les intérêts de l'ordre public du pays où l'exécution est demandée, ne s'opposent pas à ce que la décision du tribunal étranger ait son exécution. — Il y a aussi un traité conclu entre la France et le Grand-Duché de Bade, le 16 avril 1846, qui a été étendu provisoirement à l'Alsace-Lorraine par l'art 18, § 4 de la convention additionnelle au traité de paix, du 10 mai 1871, signée le 11 décembre 1871. Il en résulte qu'il n'y a pas lieu à révision du jugement étranger par le tribunal ou la Cour qui accorde l'*exequatur*, quand il émane d'un tribunal compétent aux termes du traité. — Il résulte également du traité conclu entre la France et la Suisse, le 15 juin 1869, révisant et complétant celui du 18 juillet 1828, que le tribunal, réuni en Chambre du conseil pour accorder l'*exequatur*, ne devra faire porter son examen que sur les trois questions déjà énumérées dans la déclaration Franco-Sarde de 1860.

dans de telles circonstances que se présentait la question devant la Cour de Nancy, lors de l'arrêt ci-dessus indiqué (note 151), car il s'agissait d'un jugement rendu par le tribunal suprême de Colmar. « Attendu, dit cet arrêt, que la demande d'*exequatur* présente tous les caractères d'une demande ordinaire, et qu'en différât-elle un peu par son objet, cette différence ne s'opposerait pas à l'application des articles 16, C. civ., 166 et 167, C. pr., pour peu qu'on prenne garde que le premier de ces articles, par la généralité de ses termes, s'applique à toute matière... » L'étranger ne se présente plus ici avec un titre exécutoire, mais il vient, au contraire, former une demande en justice, dans le but d'obtenir un titre exécutoire. Le jugement étranger ayant l'autorité de la chose jugée, l'objet de la demande n'est plus le même que dans la demande ordinaire, mais il ne serait pas exact de prétendre qu'il n'y a rien de contentieux dans une pareille instance. Aussi a-t-il été jugé, à raison, que le demandeur en *exequatur* doit procéder par voie d'assignation, et non de simple requête (154). Le défendeur peut, en effet, avoir des moyens de repousser la demande, en prouvant que la décision judiciaire ne réunit pas toutes les conditions d'un véritable jugement, ou qu'elle est contraire à une loi d'ordre public en France. Il n'y a pas à distinguer d'ailleurs, comme nous l'avons déjà fait observer, entre le cas où l'étranger était demandeur dans son pays, et celui où il jouait, au contraire le rôle de défendeur.

62 *bis*. — Le tribunal d'Anvers (155) a décidé que l'étranger qui fait procéder à la description des objets prétendus contrefaits, et qui a fourni un cautionnement à cet effet, n'en demeure pas moins obligé de donner la caution *judicatum solvi*, quand il poursuit devant les tribunaux ceux qu'il accuse de contrefaçon. La même solution devrait également être admise en France (1. 5 juil. 1844,

(154) Nancy, 7 déc. 1872; Dal., 73, 2, 27.

(155) 22 mars 1879; *J. dr. int.*, 1881; n° I-II. p. 68.

art. 47). Le cautionnement exigé par la loi de 1844, ne fait pas double emploi avec la caution dont il est question dans les articles 16, C. civ. et 166, C. pr. Lorsque l'étranger se croit le droit d'introduire une action en contrefaçon, il augmente les chances de préjudice qui pouvaient résulter de la simple saisie des objets, et l'on comprend, dès lors, que le défendeur soit admis à réclamer la garantie de la caution *judicatum solvi*.

63. — L'étranger est donc tenu de fournir caution, quels que soient le caractère et l'objet de sa demande, peu importe d'ailleurs devant qu'elle juridiction l'action se trouve portée. Elle est donc exigible dans toutes matières civiles, aussi bien devant les justices de paix que devant les tribunaux de première instance. On ne saurait soutenir le contraire, en se fondant sur ce motif que l'article 166, C. pr., se trouve placé au livre 2 de la première partie du code de procédure, qui traite des tribunaux inférieurs, tandis que la procédure devant les justices de paix est réglée dans le livre 1^{er} de la même partie. Les articles 166 et 167 ne font, en effet, que réglementer une garantie dont le principe se trouve posé par l'article 16, C. civ. Cet article est, pour ainsi dire, le siège de la matière ; il pose la règle générale et il est applicable à tous les ordres de juridiction civile (156).

Puisque la caution peut être exigée en toutes matières, le Français défendeur pourra la demander également devant les tribunaux administratifs (157).

Elle sera due également en matière criminelle, correctionnelle

(156) Félix, t. I, n° 137, p. 298. — Carré, *Compétence des juges de paix*, t. I, n° 1025. — Dal., *Répert.*, V° *Exceptions*, n° 70. — Bonfils, n° 143, p. 123.

(157) Dal., *loc. cit.*, n° 71. — Bonfils, *loc. cit.* p. 124. — Demolombe, t. I, n° 256, p. 413. — Ordonnance du Conseil d'Etat, 23 janvier 1820. — V. aussi Félix, t. I, n° 138, p. 300. — Carré et Chauveau, t. II, quest. 699, n. 1, sur le décret du 7 février 1809, qui impose à l'étranger l'obligation de fournir caution, avant de mettre à exécution la décision administrative, susceptible d'un recours au Conseil d'Etat, pendant le délai accordé pour ce recours.

ou de police, aussi bien que devant les tribunaux civils. Cette doctrine était déjà enseignée dans notre ancien droit, comme nous l'avons vu, par des auteurs d'une grande autorité, et elle avait été consacrée plusieurs fois par la jurisprudence, notamment par deux arrêts du Parlement de Paris, des 10 février et 25 mai 1742. La généralité des termes de l'article 16 et les motifs sur lesquels il repose, ne permettent pas de supposer que les rédacteurs de notre Code aient eu l'intention de s'écarter de cette doctrine.

Cette solution a cependant rencontré des contradicteurs. Suivant M. Chauveau, en matière correctionnelle, si, sur la plainte de l'étranger, le ministère public ne poursuit pas, ou que cet étranger veuille assigner directement le prévenu, il en a le droit, et aucune caution ne peut lui être demandée. « La loi, dit-il, protégera l'étranger qui voudra réclamer le montant d'une lettre de change et, s'il est pauvre, elle retiendra son bras, elle l'arrêtera au seuil du temple de la justice, lorsqu'il voudra réclamer, au nom de la loi à laquelle il est soumis, la réparation de l'offense la plus grave ! » (158). Il n'y a pas là seulement un argument contre l'opinion que combat M. Chauveau, mais une critique générale de l'article 16. Refuser toute justice à l'étranger jusqu'à ce qu'il ait consigné une somme peut-être considérable, n'est-ce pas, en effet, lui enlever souvent le moyen d'exercer ses droits les mieux fondés, et de réclamer ce qui lui est le plus légitimement dû ? Les motifs qui ont inspiré le législateur, quand il a établi cette garantie spéciale, s'élèvent puissamment contre une telle doctrine. Il n'a pas voulu que l'étranger, qui n'est retenu en France par aucun lien, pût à chaque instant disparaître, et se jouer dans sa patrie des condamnations prononcées contre lui pour les frais et dommages qu'il aura téméairement occasionnés. Ces motifs conservent ici toute leur force et l'on peut même dire qu'ils redoublent d'énergie, lorsque la cau-

(158) Sur Carré, t. II, Quest. 705.

tion est demandée en matière criminelle. Pourquoi donc la loi aurait-elle accordé aux Français contre l'action portée devant un tribunal civil, des garanties qu'elle lui aurait refusées, alors que ce n'est pas seulement sa fortune qui se trouve exposée, mais que son honneur lui-même peut être plus ou moins directement compromis !

La solution que nous avons donnée à cette question, est donc commandée par l'esprit de la loi, et, d'autre part, elle est conforme à son texte qui ne fait aucune restriction semblable à celle qu'on voudrait y introduire. Sans doute, toute personne peut, aux termes de l'article 1^{er} du Code d'instruction criminelle, exercer l'action en réparation du dommage qu'elle a souffert par suite d'un crime, d'un délit ou d'une contravention, mais il faudrait, pour déroger à l'article 16, une exception que le législateur n'a établie nulle part. Son silence sur ce point prouve, au contraire, qu'il a voulu maintenir, même devant les tribunaux de répression, l'obligation imposée à l'étranger de fournir caution (159).

De tout ce que nous venons de dire il résulte suffisamment qu'il n'y a aucune distinction à faire entre le cas où l'étranger a lui-même cité directement le Français, et celui où il n'a fait que joindre son action à celle déjà intentée par le ministère public. Dans un cas, comme dans l'autre, l'étranger agit dans un inté-

(159) Mangin, *Action publique*, t. I^{er}, n° 125. — Le Sellyer, *Exercice et extinction de l'action publique et de l'action privée*, t. I^{er}, n° 281. — Faustin-Hélie, t. I^{er}, n° 549. — Fœlix, t. I^{er}, n° 137, p. 298. — Legat, p. 312. — Demolombe, t. I^{er}, n° 256. — Dal., *Répert*, *loc. cit.*, n° 72. — Ponsot, *op. cit.*, n° 400, p. 504 et s. — Duranton, t. I^{er}, n° 161, p. 110. — Aubry et Rau, t. VIII, § 747 *bis*, p. 128, n. 10. — Bonfils, n° 143, p. 124. — Massé, t. II, n° 755, p. 33. — Boncenne, t. III, p. 187. — Carré, t. II, Quest. 705. — Jaccoton, *Rev. législat.*, t. XLIII, p. 181. — Crim. cassat., 12 fév. 1846; Dal., 46, 1, 128. — Aix, 4 juin 1877; *J. dr. int.*, 78, p. 599. — V. aussi Crim. cassat., 3 fév. 1814; C. n., 4, 1, 531. — *Contrà*: Chauveau, sur Carré *loc. cit.* — Sapey, p. 219.

rêt privé et pourra être condamné à des dommages-intérêts, si son action est jugée calomnieuse et téméraire. Toute distinction serait donc aussi contraire à l'esprit de la loi qu'à la lettre même de l'article 16, qui, en ne faisant d'exception que pour les matières de commerce, a, par cela même, confirmé l'existence de la règle pour tous les autres cas.

64. — Telle est la règle générale : le Français poursuivi devant la justice de son pays par un étranger, peut toujours exiger de lui la caution *judicatum solvi*, quel que soit d'ailleurs le caractère de la demande, et peu importe devant quelle juridiction le débat se trouve porté. A cette règle la loi a cependant apporté une exception, écrite déjà dans l'article 16, C. civ., et qui est reproduite avec plus de développements par l'article 423 du Code de procédure, ainsi conçu :

« Les étrangers demandeurs ne peuvent être obligés, en matière de commerce, à fournir une caution de payer les frais et dommages-intérêts auxquels ils pourront être condamnés, même lorsque la demande est portée devant un tribunal civil, dans les lieux où il n'y a pas de tribunal de commerce. »

Cette exception avait déjà été consacrée par notre ancienne jurisprudence, comme cela résulte de deux arrêts du Parlement de Provence, des 1^{er} juin et 22 octobre 1617, d'un arrêt du Parlement de Paris, du 12 août 1758, et du Parlement de Bordeaux, du 1^{er} mars 1777 (160). Devant le Parlement de Bordeaux, M. l'avocat général Dupaty concluait au rejet de la demande de caution et déclarait que le commerce rend concitoyens tous les hommes qui s'y livrent, que leur crédit est une caution suffisante, et qu'on doit attribuer à ce crédit autant de valeur qu'à des biens que tout autre étranger posséderait en France (161).

On a dit que cette dispense de la caution s'expliquait par la

(160) Merlin, *Répert.*, *loc. cit.*, § 1^{er}, n° 5, et *Questions*, *loc. cit.*, § 1^{er}, n° 1.

(161) Merlin, *Questions*, *loc. cit.*

faveur dont jouit le commerce, par la célérité qui doit exister dans la procédure des affaires commerciales et par la modicité des frais. Il est bien vrai, selon les expressions du tribun Gary (162), que la prompte expédition de ces affaires importe trop à la fortune publique, pour qu'on puisse les environner de difficultés ou de formalités nouvelles ; mais ce motif, comme celui tiré de la modicité des frais, n'est pas spécial aux matières de commerce, et il pourrait, au contraire, être invoqué, toutes les fois qu'il s'agit de l'une de ces affaires qui doivent être classées parmi les matières-sommaires et instruites comme telles (art. 404, C. pr.) Tout en reconnaissant donc ce qu'il y a de vrai dans ces motifs, nous préférons cette raison donnée devant le Parlement de Bordeaux : que le commerce rend concitoyens tous ceux qui s'y livrent. « Les lois qui gouvernent le commerce, dit fort justement M. Boncenne, ne renferment point leur esprit et leur prévoyance dans les étroites démarcations d'un territoire ; elles ont créé comme une même patrie aux commerçants répandus dans le monde entier » (163). Refuser aux commerçants le droit de se faire rendre justice, avant d'avoir fourni la caution, c'eût été porter une grave atteinte à ces relations de jour en jour plus fréquentes, et de nature à rapprocher les citoyens des différents Etats, en favorisant la richesse des nations (164).

L'étranger sera donc dispensé de donner caution, toutes les fois que l'on se trouvera en matière de commerce, pour prendre les expressions des articles 16, C. civ, et 423, C. pr. Ce serait dépasser les limites que nous nous sommes tracées, que d'examiner dans quels cas la matière pourra être considérée comme commerciale, et dans quels cas les tribunaux de commerce seront compétents pour statuer sur le débat soulevé entre les parties. Les règles relatives à cette dernière question, sont établies par le

(162) Loqué, *Code civil*, t. II, p. 344.

(163) T. III, p. 182.

(164) Boitard, t. I^{er}, p. 326.

Code de commerce dans les articles 631 et suivants, qui posent en principe que la juridiction consulaire est compétente pour les contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers, pour les contestations entre associés à raison d'une société de commerce, et pour celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes (165).

65. — L'exception relative aux matières commerciales, ne s'applique pas seulement aux instances principales, introduites devant les tribunaux de commerce, mais elle subsiste encore au profit de l'étranger, lorsque, dans le cours de cette instance, il s'élève un incident de nature à ne pouvoir être apprécié que par les tribunaux civils, comme, par exemple, lorsqu'une pièce produite est méconnue, déniée ou arguée de faux, et que la partie persiste à s'en servir (art. 427, C. pr.) Il n'y a là, en effet, qu'une procédure préliminaire, destinée à préparer la décision sur le fond; ce n'est qu'une contestation accessoire qui ne dessaisit point la juridiction consulaire, qui ne dénature point la demande principale, qui ne change pas, en un mot, l'affaire commerciale en une affaire civile (166).

Lorsque l'étranger se porte demandeur en validité d'une saisie-arrêt ayant pour cause une dette commerciale, faut-il ne voir dans cette procédure qu'un incident, et décider que la caution ne pourra être exigée, bien que la demande soit portée devant le tribunal civil? Si la dette commerciale qui a donné lieu à la saisie, est fondée sur un titre exécutoire, le Français ne pourra se prévaloir de la disposition de l'article 16 à l'encontre de

(165) Sur la question de savoir si la matière est ou non commerciale, et si l'étranger demandeur est dispensé ou tenu de fournir caution, V. Massé, t. II, nos 750 à 754 *bis*, p. 28 à 32.

(166) Aubry et Rau, t. VIII, § 747 *bis*, p. 129. — Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 74. — Bônfilis, n° 144, p. 125. — Massé, t. II, n° 746, p. 26. — Fœlix, t. I^{er}, n° 141, p. 302. — Demolombe, t. I^{er}, n° 256, p. 413. — Jaccoton, *loc. cit.*, p. 185. — Metz, 26 mars 1821; Dal., *Répert.*, *loc. cit.*

l'étranger, car nous avons vu que l'étranger porteur d'un titre exécutoire, n'est jamais tenu de fournir caution, quand il vient en demander l'exécution en France.

Il se peut, au contraire, que la dette dont il poursuit le remboursement, ne soit pas fondée sur un titre exécutoire. Dans cette hypothèse, la contestation comprendra deux questions : la première, relative au fond du droit, à l'existence de la dette ; la seconde, à la forme, au mode de remboursement, à la justification de la saisie-arrêt. Il doit donc y avoir deux assignations : l'une en validité de saisie, devant le tribunal civil, et l'autre en condamnation, devant le tribunal de commerce auquel la connaissance du fond est attribuée. Mais alors, comme le fait remarquer M. Massé, l'instance en validité n'est plus, pour ainsi dire, qu'un incident de l'instance principale en condamnation, et le demandeur, dispensé de fournir caution dans l'instance principale, ne saurait y être assujéti dans l'instance incidente qui s'y rattache et en est la dépendance (167).

66. — La loi rend ainsi hommage à la nature des relations qui unissent la grande famille des commerçants, non-seulement quand l'affaire est portée devant une juridiction consulaire, mais encore lorsque, dans les arrondissements où il n'y a pas de tribunal de commerce, la demande est introduite devant le tribunal civil, qui exerce alors les fonctions de tribunal de commerce, et statue sur les questions dont la connaissance lui est attribuée par la loi (art. 423, C. pr. et 640, C. com.)

67. — La dispense de caution subsisterait également, si le jugement du tribunal de commerce était porté devant la Cour d'appel, car cet appel ne saurait altérer l'essence de la demande originaire, et lui enlever le caractère qu'elle avait devant la juridiction du premier degré.

Il est certain encore qu'il n'y aura pas lieu de fournir la cau-

(167) T. II, n° 747, p. 27. — Fœlix, *loc. cit.* — Carré et Chauveau, *Quest.* 1517, *quater*.

tion, relativement aux difficultés qui peuvent s'élever sur l'exécution des jugements des tribunaux de commerce, et qui seront portées devant la juridiction civile (art. 442, C. pr.) Il s'agit, en effet, de l'exécution d'un titre paré, et la contestation se rattache d'ailleurs à une affaire commerciale (168).

68. — Nous avons vu que l'étranger, demandeur devant les tribunaux français pour obtenir l'exécution d'un jugement étranger, n'est pas dispensé de donner caution; mais nous devons apporter une exception à cette règle, pour le cas où il s'agit d'un jugement rendu en matière commerciale (169), bien que la juridiction civile soit compétente pour lui donner la force exécutoire (170). Cette solution paraît devoir être acceptée sans aucune difficulté par les partisans du système qui reconnaît au tribunal français le droit de réviser au fond le jugement étranger, car il s'agit bien alors d'une affaire commerciale, sur laquelle le tribunal est appelé à statuer. Il est vrai que, pour nous qui reconnaissons l'autorité de la chose jugée aux jugements étrangers, les tribunaux n'ont plus à se prononcer que sur des questions de

(168) Massé, t. II, n° 749, p. 28.

(169) Massé, t. II, n° 748, p. 28. — Fœlix, *loc. cit.* — Bordeaux, 22 janvier 1840; Dal., 40, 2, 167. — Trib. civ. d'Anvers, 17 juil. 1873; *Rev. dr. int.*, 1874, t. VI, p. 281. — Trib. civ. Seine, 18 mars 1875; *J. dr. int.*, 76, p. 179.

(170) Il a cependant été jugé que la matière étant commerciale, c'était au tribunal de commerce à statuer sur l'*exequatur*. — Colmar, 13 janv. 1815; C. n., 5, 2, 6. — Montpellier, 8 mars 1822; C. n., 7, 2, 39. — Toutefois ces décisions n'ont pas prévalu, et la compétence du tribunal civil a été consacrée par de nombreux arrêts. — Paris, 16 avril 1855; S., 55, 2, 336. — Metz, 11 nov. 1856; S., 57, 2, 7. — Bordeaux, 16 déc. 1867; S., 68, 2, 147. — Chambéry, 12 fév. 1869; S., 70, 2, 9. — Pour nous la question est facile à résoudre, puisque nous reconnaissons aux jugements étrangers l'autorité de la chose jugée. Il n'y a plus alors à débattre que des questions de compétence et d'ordre public, qui doivent être portées devant la juridiction civile. Le système de la jurisprudence devrait, semble-t-il, la conduire à décider que la juridiction consulaire est seule compétente, puisqu'il s'agit de statuer au fond sur une affaire commerciale.

compétence et d'ordre public, qui n'ont rien de commercial, mais nous ne croyons pas cependant que notre système nous conduise nécessairement à exiger la caution de l'étranger demandeur. Le tribunal n'a plus, sans doute, à statuer sur le fond d'une affaire commerciale, mais les questions qu'il a à résoudre, ne se rattachent pas moins intimement à une affaire de cette espèce : il s'agit, en un mot, de l'exécution d'un jugement rendu en matière de commerce, et les motifs qui ont conduit le législateur à apporter une exception à l'article 16 dans les affaires commerciales, se rencontrent avec la même force, alors qu'il ne s'agit plus d'une instance engagée directement devant un tribunal de commerce français, mais de l'exécution d'un jugement rendu en cette matière par un juge étranger (171).

§ 4. — *Quand et comment on doit demander la caution.*

69. — Le droit de requérir la caution a été établi dans l'intérêt privé du défendeur français. C'est une sûreté qui a pour but de sauvegarder l'intérêt des nationaux, en leur garantissant le recouvrement des frais et dommages-intérêts auxquels l'étranger demandeur pourra être condamné. L'exception qui en résulte pour le Français, n'est donc pas d'ordre public et ne peut être suppléée d'office par le juge. Aucun doute n'est possible à cet

(171) Remarquons que c'est par voie d'assignation, et non par voie de requête, que l'on doit demander l'exécution du jugement commercial étranger, alors même que les jugements de la nature de celui dont l'exécution est demandée, seraient rendus en France sur simple requête. Cette conséquence découle naturellement de notre opinion sur l'autorité en France des jugements étrangers, puisqu'il n'y a plus alors à débattre que des questions qui n'ont rien de commercial. Mais ce n'est pas sans raison que l'on a reproché à plusieurs arrêts d'être en contradiction avec le principe de la révision des jugements, en consacrant la même solution, au moins implicitement, et par la généralité des motifs apportés dans leurs décisions. — Civ. cassat., 30 janv. 1867; S., 67, 1, 117. — Nancy, 7 déc. 1872; S., 73, 2, 33.

égard, en face de l'article 166 qui dispose que l'étranger devra fournir caution, si le Français le requiert. C'est qu'en effet, chacun est exclusivement juge de ses propres intérêts, et peut renoncer au bénéfice que la loi lui accorde.

Le Français est même présumé avoir renoncé au droit de demander la caution, et avoir accepté le demandeur comme représentant des garanties suffisantes, alors qu'il ne l'a pas requise *in limine litis*. « Il serait contraire à toutes les règles de justice et de bienséance, qu'après qu'un étranger aurait longtemps plaidé devant le tribunal, on vînt lui faire l'injure de demander la caution pour éloigner le jugement » (172).

70. — Le Français doit donc proposer l'exception de la caution *judicatum solvi* avant toutes défenses au fond, sous peine de se voir déchu de ce bénéfice, car, en discutant le bien-fondé de la demande de son adversaire, il accepte le débat et renonce à exiger une garantie qu'il a jugé superflue, d'après la situation de l'étranger et les circonstances de la cause.

Mais il ne suffit pas que la caution soit demandée avant toute contestation au fond, car, aux termes mêmes de l'article 166, C. pr., l'étranger n'est tenu de la fournir que si le défendeur la requiert avant toute exception. Aux moyens de défense au fond on oppose, en effet, les exceptions, qui, sans attaquer le fond ou le mérite de la demande, tendent à la faire écarter, soit pendant un certain temps (art. 174 et s., C. pr.), ou jusqu'à l'accomplissement d'une obligation imposée au demandeur (art. 166 et 167, C. pr.), soit encore parce que le tribunal ne serait pas compétent (art. 168 et 169, C. pr.), ou que la procédure serait vicieuse et irrégulière (art. 173, C. pr.)

Les exceptions dilatoires, de nullité, ou de renvoi pour incompétence *ratione personæ* doivent, comme l'exception de la caution, être proposées avant toutes défenses au fond (art. 169, 173 et 186, C. pr.). Mais dans quel ordre doivent-elles être proposées

(172) *Observations* du Tribunat; Locré, *Procédure*, t. 1er, p. 435.

entre elles ? Il résulte d'abord de la combinaison de ces différents articles, que l'exception de la caution, les déclinatoires pour incompétence et les nullités de procédure doivent être proposés avant toute autre exception, sous peine de déchéance. Le défendeur ne serait donc plus admis à exiger la caution, s'il avait d'abord invoqué une exception dilatoire, telle que celle de garantie (173).

Mais alors dans quel ordre ces trois exceptions doivent-elles être proposées, lorsqu'elles concourent dans la même affaire ? Aux termes de l'article 166, C. pr., le défendeur doit requérir la caution avant toute exception. L'embarras est fort grand quand, après cette disposition, on lit l'article 169, qui dispose que la demande en renvoi pour incompétence doit être formée préalablement à toute autre exception ; puis l'article 173, aux termes duquel toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure doit être proposée avant toute exception, autre que celle d'incompétence, et, par conséquent, avant l'exception de la caution, laquelle, à son tour, doit l'être avant toute autre, d'après l'article 166, et, par conséquent, avant celle de nullité. Quelle place faut-il donc assigner à chacune de ces exceptions, qui semblent, pour ainsi dire, se disputer le pas ?

Quelques auteurs pensent qu'il n'est pas permis, dans le doute, de déclarer le défendeur déchu de la faculté de faire valoir un de ces moyens, par cela seul qu'il en aurait déjà invoqué un autre (174). Ils croient donc se conformer à la loi, en permettant au défendeur de requérir la caution, soit avant, soit après les exceptions d'incompétence et de nullité.

D'autres, au contraire, prétendent que les articles 169 et 173 ont dérogé à l'article 166, et ont rendu aux exceptions d'incom-

(173) Gand, 1^{er} juil. 1875 ; *J. dr. int.*, 76, p. 296.

(174) Bonnier, *Procédure civile*, p. 159. — Carré et Chauveau, *Quest.* 704. — Dal., *Répert.*, V^o *Exceptions*, n^o 77. — Rodière, t. II, p. 59. — Ponsot, *op. cit.*, n^o 397, p. 498. — Bourges, 20 juil. 1837 ; S., 43, 2, 561.

pétence et de nullité le rang de priorité qui avait d'abord été donné à la caution par l'article 166 (175).

D'autres enfin, et nous sommes de ce nombre, soutiennent que l'ordre dans lequel les exceptions doivent être proposées, est indiqué par la place que le Code a donnée à chacune d'elles, et que, par suite, la caution *judicatum solvi* doit, sous peine de déchéance, être demandée avant toute autre exception, aux termes mêmes de l'article 166. Nous avons peine à comprendre que le défendeur puisse indifféremment proposer l'une ou l'autre de ces exceptions, en présence des textes qui montrent la préoccupation du législateur d'établir un ordre entre elles, et de les rendre exclusives les unes des autres. Cet ordre ne saurait être que celui dans lequel elles sont présentées par la loi elle-même. Pourquoi donc parler tout d'abord de la caution, si d'autres exceptions doivent être proposées avant celle-ci? « Il n'est pas supposable, dit M. Boncenne, que le législateur ait eu la frivole intention de cisailler son plan, à mesure qu'il trouverait à le tracer, et de mettre en flagrant conflit les articles de son Code » (176). La nullité de l'exploit ou des actes de la procédure peut être proposée après l'exception d'incompétence, et toutes deux doivent l'être avant les exceptions dilatoires. Tel est l'ordre même dans lequel elles sont présentées par la loi. Eh bien! n'est-il pas naturel de supposer que le législateur a entendu suivre la même règle, en ce qui concerne la caution *judicatum solvi*? Pour mieux assurer, sur ce point, l'exécution de sa pensée il a ordonné pour chacune d'elles, qu'elle soit proposée avant toute autre, c'est-à-dire avant toutes celles qui viennent ensuite dans l'ordre des articles.

La volonté des auteurs du Code de procédure semble bien

(175) Pigeau, *Traité de la procédure*, cité par Boncenne, t. III, p. 200. — Delvincourt, t. I^{er}, *Notes*, p. 27, n° 6. — Berriat-Saint-Prix, t. I^{er}, p. 228, n. 45, cité par Boncenne, *loc. cit.*

(176) T. III, *loc. cit.*

s'être révélée dans les travaux préparatoires. Dans le projet, la disposition qui traitait de l'exception de la caution, n'était pas placée en tête de notre chapitre, comme elle l'est aujourd'hui, et le Tribunat avait proposé de dire que la caution devrait être demandée avant toute exception, autre que celle de renvoi ou de nullité (177). Devant le Conseil d'Etat cet article subit une modification, et pour l'ordre de sa place, et pour sa rédaction. Il y a là, sinon une preuve complète, du moins une forte présomption de la volonté du législateur. N'est-il pas permis, en effet, de voir son intention dans le déplacement de la disposition relative à la caution ? Cette intention ne devient-elle pas plus manifeste encore, quand on remarque que la section de législation du Conseil d'Etat retrancha ces mots : « autre que celle de renvoi ou de nullité », pour conserver seulement ceux-ci « avant toute exception ? »

Remarquons enfin que ce système paraît conforme au but que s'est proposé la loi en établissant la caution *judicatum solvi*. Elle a voulu assurer au défendeur la plus complète garantie, pour le recouvrement des frais qui résulteront pour lui de l'instance engagée par l'étranger. Assurément ce but ne sera pas atteint, si l'on oblige le défendeur à opposer d'abord l'incompétence, puis la nullité de l'exploit d'ajournement, et à discuter des questions de domicile et de validité d'actes, qui peuvent entraîner de longs débats, et, par suite, des frais considérables. Ce serait contraindre le défendeur à faire des avances dont il ne serait peut-être jamais remboursé.

En vain prétendrait-on que requérir la caution, c'est reconnaître la compétence du tribunal, et se rendre non-recevable à proposer ensuite le déclinatoire pour incompétence. Cette demande, en effet, n'est qu'une mesure préliminaire, tout-à-fait à part, en dehors des autres exceptions, et qui doit être requise dès qu'il y a des frais à faire, mais qui ne saurait préjudicier

aux autres moyens du défendeur, soit sur le fond, soit sur la forme (178).

Ajoutons, pour terminer sur cette question, que la caution pourrait être valablement demandée au cours du procès, si l'étranger se trouvait, au début de l'instance, dans des conditions qui auraient disparu depuis, et qui constituaient pour lui un des cas de dispense prévus par la loi.

Il faudrait donner la même solution, si le demandeur français avait perdu cette qualité, et était devenu étranger au cours du procès. Le défendeur pourrait alors lui demander la caution *judicatum solvi*, à la condition toutefois qu'il ne se fût pas rendu non-recevable à la requérir, soit en proposant des moyens de défense au fond, soit en faisant des actes de procédure impliquant l'intention de poursuivre le procès, postérieurement à la connaissance par lui acquise de la qualité d'étranger survenue chez son adversaire (179).

71. — De ce que la caution doit être demandée *in limine litis*, faut-il en conclure qu'elle ne pourra être requise en appel, quand elle ne l'a pas été en première instance? Nous avons vu que l'étranger appelant, ou même intimé, est tenu de la fournir en appel pour les frais de cette seconde partie de la procédure, alors du moins que le Français défendeur en première instance, l'a déjà demandée pour les frais de cette instance. Mais ne peut-il pas se soustraire à cette obligation par un fin de non-recevoir, tirée du silence que le Français aurait gardé devant le tribunal, et de la renonciation tacite qui en résulterait, quant au droit d'exiger cette garantie?

Elle ne peut plus être exigée de l'étranger, en ce qui con-

(178) Boncenne, t. III, p. 200. — Boitard, t. I, n° 368, p. 343. — Demolombe, t. I, n° 258. — Legat, p. 311. — Jaccoton, *loc. cit.*, p. 200 et s. — Metz, 26 avril 1820; Dal., *Répert.*, V° *Exceptions*, n° 77. — Bruxelles, 17 octobre 1828; Dal., *Répert.*, *loc. cit.*

(179) Trib. Bruxelles, 25 février 1876; *J. dr. int.*, 78, p. 510.

cerne les dépens faits devant le tribunal du premier degré, car le Français a renoncé au bénéfice de l'article 16, en faisant valoir d'autres moyens sur la forme ou sur le fond. Il ne peut donc se plaindre, et, s'il a fait des avances dont il ne peut être remboursé, il ne doit attribuer cette perte qu'à sa négligence, ou tout au moins à une confiance mal placée en son adversaire (180). Il en serait ainsi, alors même que le Français se porterait appelant d'un jugement qui l'aurait condamné par défaut : il ne pourra demander à la Cour d'imposer à l'étranger l'obligation de fournir une caution, destinée à garantir des frais qui ont été faits devant une autre juridiction. On ne comprendrait pas que le Français défaillant pût trouver dans le fait même de sa non-comparution en justice, un avantage refusé à celui qui a répondu à la demande de son adversaire. La loi lui offrait d'ailleurs la voie de l'opposition, à laquelle il a négligé de recourir, et il ne saurait plus être écouté, alors qu'il vient proposer en appel une exception qui aurait dû être le préliminaire de la première instance (181).

Mais le Français ne peut-il pas du moins exiger la caution pour la première fois en appel, en ce qui concerne les frais et dommages-intérêts qui pourront résulter de cette nouvelle phase de la procédure? Il devra, à notre avis, être écouté dans sa demande, car, s'il a encouru une déchéance par suite de son silence en première instance, la seule conséquence qu'il faille en tirer, c'est qu'il aura perdu, comme nous venons de le voir, le droit de demander cette garantie pour les frais faits devant la première juridiction (182). Les renonciations ne se présument

(180) Carré, t. II, Quest. 700, p. 162, n. 1.

(181) Jaccoton. *loc. cit.*, p. 206,

(182) Déjà dans notre ancien droit, plusieurs arrêts des Parlements avaient condamné l'étranger à fournir caution en appel, bien qu'elle n'eût pas été demandée devant les premiers juges. — Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, V^o *Caut. jud. sol.*, § 1^{er}, n^o 16. — V. aussi Bacquet, *Dr. d'aubaine*, 2^e part., chap. XVI, n^o 9.

pas, et de ce que le défendeur a eu foi dans la solvabilité de son adversaire pour les frais de première instance, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il doive avoir la même confiance en ce qui concerne les frais d'appel. L'appel, du reste, n'est qu'une éventualité, et ce n'est pas aux juges du premier degré à fixer le montant des frais qui pourront être faits devant la Cour, et à en assurer le recouvrement au défendeur, alors que les parties ne comparaitront peut-être jamais devant la juridiction du second degré. S'il est donc vrai que l'appel n'est que la continuation de la première instance, il est vrai aussi qu'il constitue une nouvelle phase de la procédure, qui va entraîner de nouveaux frais dont le montant sera fixé par la Cour. A quoi bon, dès lors, exiger que le Français ait demandé la caution en première instance, puisque, quand même il l'aurait fait, il serait tenu de renouveler sa demande pour les frais d'appel (183).

MM. Aubry et Rau admettent toutefois que le Français appelant, qui aurait été défendeur en première instance, ne pourrait demander la caution pour la première fois en appel, par le motif que sa qualité d'appelant ne lui donnerait pas le droit de la faire valoir sur son appel (184). Nous ne saurions admettre cette distinction entre l'étranger appelant et l'étranger intimé, puisque nous avons admis que ce dernier est tenu de fournir caution, dès qu'il a été demandeur en première instance.

La solution que nous avons adoptée, a été consacrée par la jurisprudence, alors surtout qu'il s'agissait de procès dans les-

(183) Jaccoton, *loc. cit.* — Dal., *Répert.*, V° *Exceptions*, n° 80. — Boncenne, t. III, p. 191. — Rodière, t. II, p. 44. — Chauveau, sur Carré, t. II, Quest. 700, p. 162. — Legat., p. 314. — Boitard, t. I^{er}, p. 324. — Aubry et Rau, t. VIII, § 747 *bis*, n. 24 et 25. — *Contrà*: Delvincourt, t. I^{er}, *Notes*, p. 26, n° 4. — Marcadé, t. I^{er}, n° 150, p. 113. — Demante et Colmet de Santerre, t. I^{er}, n° 30 *bis*, III. — Demolombe, t. I^{er}, n° 258, p. 415.

(184) V. aussi Rodière, *loc. cit.* — Merlin, *Répert.*, V° *Caut. jud. sol.*, § 1^{er}.

quels l'étranger, demandeur originaire, était encore appelant devant la Cour (185).

Ce que nous venons de dire de l'appel serait également applicable à la requête civile et au pourvoi en cassation (186). C'est ainsi qu'il a été décidé que l'étranger, demandeur originaire, pouvait être obligé de fournir caution pour la première fois devant la Cour de cassation, sur le recours par lui formé devant cette juridiction (186 bis).

72. — La caution sera demandée par une requête signifiée d'avoué à avoué, qui ne pourra contenir que deux rôles, de même que celle qui sera signifiée en réponse. Devant les juges de paix la réquisition sera faite par des conclusions verbales prises à l'audience (187).

§ 5. — *Quand et comment la caution doit être donnée. — Étendue de ses obligations.*

73. — Sur la demande du Français défendeur, le tribunal condamnera l'étranger demandeur principal ou intervenant à

(185) Paris, 14 mai 1831; Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 79. — Liège, 29 nov. 1828; Dal., *Répert.*, *eod. loc.*, n° 61. — Paris, 22 juil. 1840; Dal., *Répert.*, *eod. loc.*, n° 64. — Bordeaux, 27 fév. 1843; Dal., 46, 4, 274. — 23 janv. 1849; Dal., 51, 2, 119. — Paris, 19 nov. 1856; Dal., 59, 5, 160. — Bruxelles, 20 janv. 1870; Dal., 70, 2, 156. — Lyon, 26 juin 1873; Dal., 74, 2, 120. — Aix, 24 mars 1876; *J. dr. int.*, 77, p. 225. — *Contrà*: Toulouse, 27 déc. 1819; Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 149, 2°. — Bruxelles, 12 juin 1828; Dal., *Répert.*, *eod. loc.*, n° 66. — Douai, 15 avril 1833; Dal., *Répert.*, *eod. loc.*, n° 79, n. 4. — Liège, 29 mai 1837; Dal., *Répert.*, *eod. loc.*, note 3. — Bruxelles, 20 avril 1833; Dal., *Répert.*, *eod. loc.*, 2°. — 10 août 1874; *J. dr. int.*, 75, p. 214.

(186) Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 80.

(186 bis) Arrêts de la Cour de cassat. de Belgique, 8 mai et 5 juin 1879; *J. dr. int.*, 1881, n° I-II, p. 69. — Nous ne connaissons aucun arrêt de notre Cour de cassation sur ce point.

(187) Art. 75 du tarif. — Boncenne, t. III, p. 188. — Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 83.

fournir la caution, si d'ailleurs il ne se trouve pas dans un cas de dispense, et si l'exception a été proposée en temps utile par la partie intéressée. Ce jugement fixe la somme jusqu'à concurrence de laquelle la caution doit être donnée, et détermine le délai dans lequel elle doit être présentée (art. 167 et 517, C. pr.). Nous verrons un peu plus loin quels sont les éléments de l'estimation du tribunal sur ce point, quand nous déterminerons l'étendue de la responsabilité de la caution.

Ce jugement est définitif, quant à l'obligation de fournir caution, bien qu'il n'ait qu'un caractère préparatoire relativement au fond du procès, et il sera immédiatement susceptible d'appel (188). Si le jugement n'est pas attaqué, ou s'il est confirmé en cause d'appel, l'étranger devra présenter la caution dans le délai fixé, et, faute par lui d'accomplir cette obligation, sa demande devra être déclarée non recevable quant à présent, mais il ne sera pas pour cela déchu du droit d'intenter à nouveau son action (189).

74. — La caution présentée par l'étranger doit réunir les qualités qui sont indiquées dans l'article 2040 du Code civil (190). Elle sera offerte et reçue conformément aux règles générales tracées dans le titre I^{er} du livre V du Code de procédure (art. 517 et s.). Dans les affaires portées devant les juges de paix elle sera reçue au greffe.

75. — En supposant que l'étranger ait offert la caution demandée, et que celle-ci ait été acceptée par le Français défendeur, il ne nous reste plus qu'à rechercher quelles sont les obligations de ce fidéjusseur et quelle en est l'étendue.

L'étranger n'est pas tenu de fournir caution et, par conséquent, elle ne saurait être obligée pour le principal de la

(188) Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 96.

(189) Bordeaux, 24 janv. 1851; Dal., 52, 2, 18.

(190) Boitard, t. I^{er}, p. 327. — Bonnier, n° 412, p. 156. — Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 103.

demande. L'étranger est, en effet, demandeur et, s'il gagne son procès, ce sera le Français qui devra payer le montant de cette condamnation ; si, au contraire, il perd sa cause, le Français sera renvoyé des fins de la demande et n'aura rien à recevoir.

Aussi n'est-il question dans l'article 16 du Code civil que du paiement des frais et dommages-intérêts résultant du procès. Les frais, ce sont les dépens auxquels l'étranger peut être condamné, aux termes de l'article 130, C. pr., lorsqu'il succombe dans sa demande. Nous ne pouvons examiner ici quelle est la portée exacte de cette expression, et quels sont les frais qui doivent être mis à la charge de la partie vaincue, et garantis par la caution. Il résulte notamment de la jurisprudence qu'en général la condamnation aux dépens ne doit pas comprendre les droits d'enregistrement assis et perçus sur des actes antérieurs et indépendants du jugement, que le Français aurait dû payer quand même il n'y aurait pas eu de procès. Disons seulement que le but de la caution étant de garantir le défendeur français contre les conséquences d'une demande intentée témérement par un étranger, cette caution manque de son fondement légitime lorsqu'il s'agit de frais en dehors du procès, tels que les droits d'enregistrement perçus sur des conventions antérieures, produites au cours de l'instance (191).

On devrait, au contraire, regarder comme frais du procès, compris dans la condamnation aux dépens, les droits perçus à raison des faits juridiques dont le jugement est la cause génératrice, et pas seulement la cause occasionnelle (192).

Du reste, alors même que le jugement ne serait que la cause occasionnelle de la perception des droits, et qu'ils devraient, en principe, rester à la charge du Français défendeur, qui aurait

(191) Paris, 27 juil. 1875; Dal., 77, 2, 117.

(192) Civ. rej., 20 avril 1869; Dal., 69, 1, 340. — Civ. cassat., 13 fév. 1872; Dal., 72, 1, 166. — Civ. rej., 8 avril 1873; Dal., 74, 1, 260.

été tenu de les payer, si l'acte avait été soumis à l'enregistrement à une époque antérieure au jugement, cependant ils pourraient, par une disposition spéciale du jugement, être mis à la charge de l'étranger qui a succombé, à titre de dommages-intérêts et en réparation du préjudice par lui causé en déniaut de mauvaise foi l'existence de l'acte, et en rendant nécessaire le procès qui a occasionné la perception des droits. Dans cette hypothèse, la caution devra garantir le remboursement de ces droits à titre de dommages-intérêts résultant du procès (193).

76. — Aux termes de l'article 166, l'étranger demandeur est tenu de fournir caution de payer les frais et dommages-intérêts auxquels il pourra être condamné. Cette rédaction autoriserait à penser qu'il s'agit ici de tous les dommages-intérêts auxquels il pourra être condamné au profit du Français; mais ces expressions sont beaucoup trop générales et doivent être interprétées et restreintes par celles de l'article 16, qui ne parle que des dommages-intérêts résultant du procès. Supposez, par exemple, qu'antérieurement à sa demande, l'étranger ait par son fait causé au Français un préjudice, à raison duquel celui-ci forme une demande reconventionnelle en dommages-intérêts: il faudra se garder d'appliquer ici l'article 166 et de décider que la caution doit s'obliger au remboursement de ces dommages-intérêts, qui sont destinés à réparer un préjudice antérieur à l'instance. Ce serait dépasser le but de la loi que de donner une telle extension à l'engagement de la caution, car tout ce qu'a voulu le législateur, c'est mettre le Français à l'abri des dangers auxquels peut l'exposer le procès, c'est lui garantir le recouvrement des dépenses qu'il est obligé de faire pour se défendre, et la réparation du préjudice qui peut résulter pour lui du fait même du procès. La caution cesse, dès lors, d'avoir sa raison d'être, aux yeux de la loi, dès qu'il s'agit de la réparation d'un préjudice qui a sa

(193) Civ. cassat., 3 mars 1863; Dal., 63, 1, 375. — Req. rej., 13 juil. 1870; Dal., 71, 1, 350.

cause dans des événements antérieurs et indépendants de la demande en justice (194).

77. — Le bénéfice de la caution a été introduit dans l'intérêt du défendeur; c'est envers lui que le fidéjusseur est obligé de payer les frais et dommages-intérêts du procès. Il en résulte qu'il ne répond pas vis-à-vis du fisc des amendes encourues par l'étranger, ou des droits fiscaux qui peuvent peser sur lui (195). Les anciens auteurs posaient déjà la question de savoir si la caution de payer le jugé était tenue de l'amende, à laquelle l'étranger était condamné sur son fol appel. « La caution, répondait Pothier, ne s'oblige qu'avec le défendeur; elle ne contracte qu'avec lui; elle ne peut donc être tenue que des condamnations qui interviennent à son profit, mais l'amende prononcée contre l'appelant n'est pas à son profit, elle appartient au fisc; la caution n'en peut donc pas être tenue » (196).

Il faut donc distinguer clairement les droits qui appartiennent au trésor public et les condamnations prononcées au profit du défendeur. Le trésor peut bien dispenser l'étranger d'avancer les frais qu'il prend provisoirement à sa charge (loi du 22 janvier 1851, art. 14); mais il ne saurait porter atteinte aux droits privés des citoyens français. C'est pourquoi il a été décidé par plusieurs jugements que nous avons déjà eu l'occasion de citer, que le bénéfice de l'assistance judiciaire, concédé à un étranger, ne pouvait enlever au Français défendeur le droit d'exiger la caution *judicatum solvi*.

78. — « Le jugement qui ordonnera la caution, dit l'article 167, C. pr., fixera la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle

(194) Boncenne, t. III, p. 189. — Bonnier, n° 411, p. 156. — Boitard, t. Ier, n° 348, p. 326. — Delvincourt, t. Ier, *Notes*, p. 28, n° 8. — Carré et Chauveau, t. II, Quest. 697. — Demolombe, t. Ier, n° 257, p. 414.

(195) Boncenne, t. III, p. 190. — Delvincourt, *loc. cit.*

(196) *Traité des personnes*, tit. II, sect. 2, n° 2. — Bacquet, *Droit d'aubaine*, chap. XVI, n° 9.

sera fournie. » Le tribunal détermine donc, d'une manière aussi exacte que possible, la somme à laquelle pourront s'élever les frais et dommages-intérêts, eu égard à la nature du procès, aux circonstances dans lesquelles il se trouve engagé, à la probabilité de débats plus ou moins longs. Le juge inférieur ne doit d'ailleurs comprendre dans son estimation que les frais et dommages-intérêts qui pourront résulter de l'instance engagée devant lui, sauf au Français, en cas d'appel, à exiger une nouvelle caution de l'étranger appelant ou même intimé, ainsi que nous l'avons établi précédemment (197). Sans doute, l'appel n'est que la continuation de la première instance, quant au fond de la cause et à l'objet même du procès, mais il ne constitue pas moins une nouvelle phase de cette instance, au point de vue de la procédure et des frais qu'elle doit entraîner, et, par suite, de la garantie qui doit en assurer le recouvrement. L'appel d'ailleurs n'est qu'une voie de recours éventuelle que les parties ne prendront peut-être jamais, et le fait par le juge d'avoir compris les frais d'appel dans la fixation de la somme, ne saurait avoir d'autre résultat que de pousser les parties à tenter inconsidérément la voie du second degré (198).

Si le jugement qui ordonne la caution n'a pas fixé de somme, celle-ci répondra des dommages-intérêts et de tous les frais, mais seulement encore de ceux qui proviendront de la première instance. De même la caution ordonnée en cause d'appel, sans que la somme ait été déterminée, ne garantira que les frais et dommages-intérêts résultant de l'appel.

79. — Il se peut que le procès se complique dans la suite d'incidents qui pourront entraîner des frais peut-être considérables. Le Français pourra-t-il alors s'adresser au tribunal pour faire augmenter la somme à laquelle avait été primitivement fixé

(197) Bacquet nous rapporte un arrêt de 1575 qui avait déjà consacré cette règle; *loc. cit.*, n° 9 et 10.

(198) Boncenne, t. III, p. 191. — Dal., *Répert.*, V° *Exceptions*, n° 80.

l'engagement de la caution ? Une réponse affirmative a été donnée à cette question par la Cour de Metz et par différents auteurs (199). Il résulte cependant de la combinaison des articles 166 et 167, C. pr., que c'est au début du procès que le tribunal doit déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle la caution sera responsable. Il ne faut pas oublier non plus que cette garantie, motivée par l'intérêt des nationaux, n'est pas sans porter une certaine atteinte au droit légitime qui appartient à tout créancier de se faire rendre justice contre un débiteur récalcitrant ou de mauvaise foi. Aussi peut-il paraître bien rigoureux de permettre au Français de faire ainsi ajourner la suite de l'instance, par la raison que tel ou tel incident est venu à se produire, et qu'une nouvelle caution doit être présentée, par suite de l'insuffisance de la première (200).

Quelque rigoureuse que soit cette conséquence, elle nous paraît cependant découler de la loi, qui a voulu assurer au Français le recouvrement des avances qu'il est obligé de faire. Toutefois, pour mieux concilier les différents intérêts qui sont ici en jeu, nous croyons, avec M. Chauveau (201), que l'estimation qui doit avoir lieu au début du procès, pourrait n'être faite qu'à titre provisoire par le tribunal, qui se réserverait ainsi le pouvoir de revenir sur cette évaluation première.

Il faut aussi décider que le juge d'appel ne pourrait obliger l'étranger à fournir une nouvelle caution au profit du Français, qui a déjà demandé et obtenu cette garantie en première instance, que pour assurer le recouvrement des frais d'appel, et non pour augmenter les sûretés accordées par les premiers juges, pour le paiement des frais et dommages-intérêts alloués par eux au défendeur.

(199) 13 mars 1821 ; Dal., *Répert.*, V^o *Exceptions*, n^o 90. — Boncenne, *loc. cit.* — Rodière, t. II, p. 45. — Carré, t. II, Quest. 708. — V. aussi Bruxelles, 20 avril 1833 ; Dal., *loc. cit.*, n^o 79, 2^o.

(200) Boitard, t. I^{er}, p. 327.

(201) Sur Carré, *loc. cit.*

80. — Telle est la responsabilité de la caution, telle est l'étendue de ses engagements. Il est certain d'ailleurs, quoique l'opinion contraire ait été défendue par plusieurs auteurs (202), que l'acte du greffe qui constate la soumission de la caution, conformément à l'article 519 C. pr., n'emporte pas hypothèque judiciaire sur tous ses biens présents et à venir, pour sûreté de l'accomplissement de ses obligations. Cette hypothèque n'est pas, en effet, attachée indistinctement à tout acte judiciaire qui établit ou constate une obligation : les jugements proprement dits, qui prononcent une condamnation actuelle, ou contiennent le germe ou le principe d'une condamnation éventuelle, les jugements de reconnaissance ou de vérification de signature apposée à un acte sous seing privé obligatoire, enfin les ordonnances qui prononcent des condamnations et doivent être assimilées aux jugements, tels sont les actes judiciaires, seuls susceptibles de conférer cette hypothèque (203).

Le jugement qui ordonne de fournir cette garantie au Français, ne saurait, pas plus que l'acte de soumission lui-même, emporter hypothèque judiciaire sur les biens de la caution, car ce jugement est tout-à-fait étranger au fidéjusseur (204).

Cette hypothèque ne résulterait pas davantage, à notre avis, du jugement qui interviendrait pour admettre la caution, si elle avait été contestée. Un tel jugement ne contient, en effet, aucune condamnation, même indirecte, contre le fidéjusseur ; il ne statue que sur le point en litige, c'est à savoir si le Français défendeur a eu tort ou raison de refuser d'accepter les engagements de la caution. C'est la loi, et non le jugement, qui a établi

(202) Duranton, t. XIX, n° 337. — Delvincourt, *op. cit.*, t. III, *Notes*, p. 297.

(203) Art. 2117, 2123, C. civ. — Art. 191, 403, C. pr. — Aubry et Rau, t. III, § 265, n. 10. — Troplong, *Privilèges et hypothèques*, t. II, n° 437 bis. — Pont, *Privilèges et hypothèques*, t. I^{er}, n° 588. — Cour d'appel de Savoie, 8 mai 1854 ; Dal., 55, 2, 241.

(204) Dal., *Répert.*, V° *Privilèges et hypothèques*, n° 1128.

et déterminé les obligations que la caution prend à sa charge en faisant sa soumission au greffe (205).

81. — Il se peut qu'au cours du procès l'étranger se trouve placé dans une situation telle, qu'il serait dispensé de fournir caution s'il avait à intenter un nouveau procès. Dans cette hypothèse, les mêmes raisons qui ont fait attacher la dispense de caution à telle ou telle circonstance, doivent également permettre d'obtenir la décharge du fidéjusseur, quant aux frais qui pourront être faits dans l'avenir (206).

§ 6. — *Dispenses de fournir caution.*

82. — Il n'y a pas un principe absolu et sans exception dans la règle de l'article 16, qui impose à l'étranger demandeur l'obligation de fournir caution. Nous avons déjà vu que cette obligation n'est pas imposée à l'étranger qui a établi son domicile en France avec l'autorisation du Gouvernement. Nous avons dit également qu'en matière de commerce l'étranger pouvait se présenter devant nos tribunaux, sans être astreint à donner cette garantie. Mais, alors même que le Français se trouve en face d'un étranger qui ne jouit pas du bénéfice de l'article 13, alors même qu'il s'agit de l'un de ces procès dans lesquels la caution peut être exigée, en principe, il est des cas où elle cesse d'être due, soit en vertu d'une disposition de la loi, soit en vertu d'un traité diplomatique, passé entre la France et le pays auquel appartient l'étranger.

(205) Troplong, *loc. cit.*, n° 441. — Pont, *loc. cit.* — Delvincourt, *op. et loc. cit.* — Cour d'appel de Savoie, arrêt cité. — *Contrà* : Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 1129. — Metz, 27 août 1817; Dal., *Répert.*, V° *Exceptions*, n° 104.

(206) Dal., *Répert.*, V° *Exceptions*, n° 106. — Bruxelles, 1^{er} juil. 1826; Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 107.

A. — DISPENSES RÉSULTANT DE LA LOI.

83.— Merlin cite un arrêt du Parlement de Toulouse, du 17 mars 1714, autorisant le demandeur qui n'avait pu trouver de caution, à consigner à la place une somme suffisante (207). Cette jurisprudence a été consacrée par l'article 167 du Code de procédure civile. Après avoir établi que la caution doit être fournie jusqu'à concurrence de la somme fixée par le jugement, cet article ajoute : « Le demandeur qui consignera cette somme..... sera dispensé de fournir caution ». Le but de la loi est, en effet, atteint : le défendeur, s'il vient à triompher, trouvera dans cette somme une garantie certaine pour le remboursement des frais dont il a fait l'avance, et pour le paiement des dommages-intérêts qui lui auront été alloués. Le tribunal ne pourrait condamner le demandeur à déposer une somme déterminée, car il y a seulement faculté pour l'étranger de substituer à la caution exigée par la loi, la consignation de la somme fixée par le tribunal (208).

Le but du législateur serait également atteint et, par suite, l'étranger demandeur devrait être écouté, s'il offrait de fournir la garantie exigée par la loi, partie en argent, et partie par l'engagement d'un tiers (209).

84. — Un arrêt du Parlement de Flandre, du 12 janvier 1784, a décidé que l'étranger devait encore être exempt de cette charge, quand son adversaire se reconnaissait débiteur envers lui de sommes suffisantes pour payer le jugé (210). Aujourd'hui encore il faudrait assimiler cette hypothèse à celle où le demandeur consigne la somme fixée par le tribunal, puisque le débiteur français se trouve avoir entre les mains de quoi se rembourser

(207) *Répert.*, V° *Caut. judi. solvi*, § 1^{er}, n° 11.

(208) Gand, 12 juin 1879 ; *J. dr. int.*, 1881, n° I-II, p. 69).

(209) Bruxelles, 16 avril 1837 ; *Dal.*, *Répert.*, V° *Exceptions*, n° 97.

(210) Merlin, *Répert.*, *loc. cit.*, n° 12.

à lui-même les frais et dommages-intérêts résultant du procès (211).

85 — Remarquons enfin, avec MM. Aubry et Rau, que la caution *judicatum solvi* est une caution légale, à laquelle doivent s'appliquer les articles 2040 et 2041 du Code civil. L'étranger qui se trouve dans l'impossibilité de présenter une caution, telle qu'elle est exigée par l'article 2040, sera donc reçu, aux termes de l'article suivant, à donner à sa place un gage en nantissement suffisant (212). C'est bien aussi ce que suppose un jugement du tribunal civil de Versailles qui déclare sans doute le locataire étranger, demandeur, mal fondé à prétendre qu'il est dispensé de fournir caution, par suite de la rétention par le propriétaire de certains meubles à titre de gage, mais seulement par le motif qu'il n'est point justifié de l'importance de ces objets, qui pourraient être insuffisants pour répondre à la fois des frais et du montant des loyers réclamés par le bailleur (213).

L'étranger ne serait pas admis d'ailleurs à remplacer la caution par de prétendus équivalents plus ou moins aléatoires. C'est ainsi qu'il a été jugé, à raison, par un arrêt déjà ancien de la Cour de Metz, qu'il ne pourrait la remplacer par la délégation faite de gages à échoir, qui lui seront dus par un Français au service duquel il est attaché (214).

86. — Le principe que l'étranger demandeur doit donner caution, reçoit une autre exception dans le cas où cet étranger possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour garantir le paiement des frais et dommages-intérêts. Cette déro-

(211) Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 54. — Rodière, t. II, p. 46. — Carré et Chauveau, t. II, *Quest.* 707.

(212) T. VIII, § 747 bis. — Ponsot, *op. cit.*, n° 386. — Demante et Colmet de Santerre, t. I, n° 30 bis-VI. — Demangeat, *Condit. des étrang. en France*, p. 399. — Carré, t. II, p. 169, n. 1. — Chauveau, sur le même, *Quest.* 707.

(213) 31 déc. 1875; *J. dr. int.*, 77, p. 224.

(214) 13 mars 1821; Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 98.

gation au principe, consacrée par l'article 16 du Code civil, est également reproduite par l'article 167 du Code de procédure dans des termes quelque peu différents. Déjà dans la législation romaine, la possession d'immeubles entraînait dispense de donner caution (215). « L'étranger n'est cependant tenu de donner cette caution, dit Pothier, que lorsqu'il ne possède pas d'immeubles situés dans le royaume, parce qu'on n'exige cette caution que pour servir de sûreté à celui qu'il appelle en jugement, qui ne pourrait poursuivre cet étranger qui se retirerait hors le royaume, s'il venait à être condamné » (216).

Les motifs qui ont porté le législateur à écrire les articles 16, C. civ., 166 et 167, C. pr., devaient aussi lui servir de règle pour restreindre l'étendue d'application de ces articles. Le but de la loi est parfaitement rempli, et le Français se trouve à l'abri des dangers contre lesquels elle a voulu le protéger, dès que l'étranger possède en France des immeubles d'une valeur suffisante, sur lesquels pourront être exécutées les condamnations obtenues contre lui.

87. — La première condition pour que l'étranger soit dispensé de fournir caution, c'est donc qu'il possède des immeubles. Il en résulte que la possession de meubles serait insuffisante pour l'exempter de cette obligation, alors même qu'ils auraient une importance considérable par suite de leur valeur, ou bien encore parce qu'ils formeraient une sorte d'agrégation et d'universalité, comme, par exemple, un fonds de commerce. Cela est vrai, quant aux marchandises elles-mêmes qui font l'objet du négoce, et qui se renouvellent incessamment par l'effet des transactions successives ; mais cela est vrai aussi, quant à l'établissement commercial, au fonds de commerce, à cette universalité qui demeure toujours la même, malgré le renouvellement des objets

(215) *Sciendum est possessores immobilium rerum satisdare non compelli* ; l. 15, pr. *Qui satisdare cogantur*, liv. II, t. VIII.

(216) *Traité des personnes*; tit. II, sect. 2, n° 2.

qui la constituent. Il n'y a là qu'une valeur mobilière qui ne saurait dispenser l'étranger de fournir caution (216 bis). Nous verrons, en parlant des législations étrangères, que le code polonais assimile à la possession d'immeubles celle d'un établissement industriel. C'est là un progrès incontestable sur la législation française, car on a peine à comprendre qu'en France, en présence du développement considérable de l'industrie et du commerce, un établissement industriel ou commercial ne puisse produire le même effet que la possession d'un simple immeuble. Peut-être peut-on voir là une trace vivante de ce préjugé autrefois si répandu parmi nous, que les biens immobiliers sont préférables à tous autres. *Rerum mobilium vilis possessio*.

88. — Il ne faut pas d'ailleurs ajouter aux exigences de la loi, et la possession d'immeubles doit être regardée comme suffisante, alors même qu'ils seraient situés en Algérie ou dans une colonie française. Le projet de code parlait, en effet, d'immeubles situés sur le continent, et à ces expressions on a substitué celles-ci : immeubles situés en France, dont la généralité ne permet pas de mettre en doute l'exactitude de la solution que nous avons donnée (217).

Cette considération nous semble faire justice d'une opinion, suivant laquelle l'étranger ne serait dispensé de fournir caution, qu'autant qu'il posséderait des immeubles dans le ressort de la Cour d'appel (218). Cette exigence est en contradiction formelle avec la généralité des termes employés par les articles 16, C. civ. et 167, C. pr. Il ne serait pas exact d'ailleurs d'assimiler l'hypothèse dont il s'agit, à celle qui est prévue par l'article 2023, C. civ. : le but de l'article 16 a été d'assurer au Français une

(216 bis) Bonfils, n° 122, p. 111.

(217) Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 46. — Jaccoton, *loc. cit.*, p. 185. — Bonfils, *loc. cit.* — *Contrà* : Chauveau, sur Carré, *Quest.* 708 bis, n. 1.

(218) Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 47. — Chauveau, sur Carré, *loc. cit.*

garantie pour le recouvrement des avances qu'il est obligé de faire, et la réparation du préjudice qu'il peut éprouver à l'occasion d'une attaque dirigée contre lui par un étranger, qui pourrait disparaître et ne laisser aucun bien sur lequel le défendeur pût faire exécuter les condamnations prononcées en sa faveur. Dans l'article 2023, au contraire, il s'agit du bénéfice de discussion, accordé à la caution, et l'on comprend que le législateur ait exigé certaines conditions, comme celle dont parle l'article 2023, pour que la personne qui a pris l'engagement de payer au lieu et place du débiteur, puisse cependant arrêter les poursuites dirigées contre elle. On ne saurait non plus prétendre que l'étranger se sert de caution à lui-même, et qu'aux termes de l'article 2019 on ne doit pas tenir compte des immeubles dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation. Le cautionnement est, en effet, un contrat accessoire, qui suppose qu'un tiers est déjà obligé comme débiteur principal ou comme caution. De telles exigences ne sont autorisées d'ailleurs, comme nous l'avons dit, ni par le texte, ni par l'esprit de la loi qui impose à l'étranger l'obligation de fournir caution (219).

89. — Pour que la sûreté dont il s'agit ne soit pas illusoire, il faut, bien entendu, que l'existence même de ces possessions immobilières soit prouvée, qu'il soit justifié qu'elles sont suffisantes pour garantir le paiement des frais et dommages-intérêts qui pourront résulter du procès. Cette preuve et cette justification, c'est devant le tribunal appelé à statuer sur le procès qu'elles doivent être faites, en cas de contestation ; c'est lui qui est le maître absolu pour constater leur existence et leur valeur. Il est bien évident, par exemple, que des immeubles hypothéqués pour des sommes absorbant leur valeur, ne sauraient être considérés comme une garantie sérieuse ; mais, d'un autre côté, le seul fait qu'ils seraient grevés d'hypothèques ou de privilèges n'empêcherait pas les tribunaux de les admettre comme suffi-

(219) Jaccoton, *loc. cit.* — Bonfils, n° 123, p. 111.

sants, en vertu de leur pouvoir discrétionnaire d'appréciation, si d'ailleurs la valeur du gage, loin d'être absorbée par ces charges, était assez considérable pour mettre à couvert les intérêts du Français (220).

Le défendeur serait, du reste, fondé à exiger une caution, même au cours du procès, si des immeubles considérés d'abord comme suffisants, venaient ensuite à diminuer de valeur, par exemple, à raison de ventes ou d'hypothèques consenties par l'étranger (221).

90.— « L'étranger qui possède en France des immeubles », dit l'article 16 du Code civil. Que faut-il entendre par ce mot : *posséder* ? Il n'y a pas de doute quand l'étranger a la pleine propriété d'un immeuble. Il peut incontestablement s'en prévaloir pour se faire dispenser de fournir caution.

Le seul fait qu'il ne justifierait pas avoir payé le prix de cet immeuble, ne suffirait pas pour autoriser le Français à demander une autre garantie. M. Félix soutient cependant une doctrine contraire, et cite à l'appui de son opinion un arrêt de la Cour de Cologne, du 11 février 1826 (222). Cette doctrine nous paraît beaucoup trop absolue, et ici, comme dans tous les autres cas, nous laissons aux juges le pouvoir d'examiner la véritable valeur d'un immeuble acquis en vertu d'une vente, que le défaut de paiement du prix peut faire résoudre. Ils apprécieront les chances de résolution et, suivant les cas, exigeront ou n'exigeront pas qu'il soit donné caution (223). Ils auront de même à user de ce pouvoir d'appréciation, toutes les fois que le droit de l'étranger sera subordonné à telle ou telle condition qui le rendra plus ou moins incertain.

(220) Legat, p. 310.

(221) Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 53.

(222) T. I^{er}, n° 142.

(223) Massé, t. II, n° 742, p. 23. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I^{er}, p. 80, n. 18. — Bonfils, n° 126, p. 112.

Il suffit d'ailleurs, pour que l'étranger demandeur soit dispensé de donner caution, qu'il soit propriétaire par indivis d'immeubles situés en France, si sa part indivise est d'une valeur suffisante pour répondre des frais et des dommages-intérêts (224). *Possessor autem is accipiendus, qui in agro vel civitate rem soli possidet, aut ex asse, aut pro parte* (225).

Il faudrait en dire autant, et sous les mêmes conditions, de celui qui ne serait que nu-propriétaire. *Item, qui solam proprietatem habet, possessor intelligitur* (226). Mais l'étranger ne saurait, au contraire, se prévaloir d'un simple droit d'usufruit pour se faire dispenser de donner caution. *Eum verò qui tantum usumfructum habet, possessorem non esse scripsit Ulpianus* (227).

Le pouvoir discrétionnaire dont jouit le tribunal, ne peut s'exercer que sur l'appréciation de la suffisance de l'immeuble, et c'est à la loi qu'il faut s'attacher pour savoir quelle est la nature de la garantie que doit présenter l'étranger. Or, le texte de cette loi, aussi bien que le but de la caution, nous semble prouver l'exactitude de la solution que nous avons adoptée. C'est ce qui résulte, en effet, des termes mêmes de l'article 167, qui parle d'immeubles situés en France. Et puis l'usufruit peut s'éteindre par la mort, par un abus de jouissance (art. 617 et 618, C. civ.); c'est, en un mot, selon les expressions de Proudhon, une propriété essentiellement temporaire, toujours incertaine dans sa durée et, par conséquent, nécessairement incertaine aussi dans sa valeur (228).

(224) Bonfils, n° 124, p. 111. — Demangeat, sur Foelix, t. I^{er}, n° 142. — Massé, t. II, n° 743, p. 24. — Bordeaux, 23 janv. 1849; Dal., 51, 2, 119.

(225) L. 15, *Qui satisd. cogant.*, liv. II, t. VIII.

(226) L. 15, *loc. cit.* — Boncenne, t. III, p. 193. — Bonfils, n° 125, p. 112.

(227) L. 15, *loc. cit.*

(228) *De l'usufruit*, t. I^{er}, nos 17 et 19. — Aubry et Rau, t. VIII, § 747 bis, n. 13. — Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. I^{er}, p. 80, n. 18. — Dal., *Répert.*,

91. — Nous venons de voir que l'étranger est dispensé de fournir caution, quand il possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer le paiement des frais et dommages-intérêts. Mais cette condition suffit-elle? Ne faut-il pas encore que le Français puisse prendre inscription hypothécaire sur ces biens, pour que l'étranger jouisse de la dispense dont il s'agit? Ce droit a, en effet, été reconnu au Français par plusieurs auteurs (229). Mais cette doctrine nous paraît aller directement contre la lettre et l'esprit de la loi elle-même. Les hypothèques ayant pour effet de modifier la règle générale, d'après laquelle les biens d'une personne sont libres et forment le gage commun de ses créanciers, il faut une disposition formelle qui les établisse au profit de tel ou tel créancier; or, nous ne trouvons ici aucun texte de loi qui autorise le Français défendeur à prendre une inscription hypothécaire sur les immeubles que l'étranger demandeur possède en France. Ce n'est pas assurément l'article 16, C. civ., ni les articles 166 et 167, C. pr., qui contiennent le principe d'un pareil droit, car ils se contentent d'exiger de l'étranger la possession en France d'immeubles d'une valeur suffisante pour répondre des frais et dommages-intérêts. L'obligation de fournir caution est une mesure rigoureuse et de droit exceptionnel, qui ne saurait être étendue au-delà des termes mêmes de la loi, et ce serait sortir des limites tracées par le législateur, que de contraindre l'étranger à consentir une hypothèque sur ses biens au profit du Français. Ce serait, comme on l'a fait remarquer (230), exiger de l'étranger une sorte de

loc. cit., n° 50. — Boncenne, *loc. cit.* — Merlin, *Répert.*, *loc. cit.*, § 1^{er}, n° 11. — *Contrà*: Bonfils, n° 125, p. 111. — V. ce que disent de l'emphytéose, Bonfils, n° 125, p. 112. — Dal., *Répert.*, *eod. loc.* n° 51. — Merlin, *Répert.*, *eod. loc.*

(229) Delvincourt, *op. cit.*, t. 1^{er}, *Notes*, p. 28, n° 9. — Boncenne, *loc. cit.* — Chauveau, sur Carré, *Quest.* 708 *bis*. — Bonnier, *Procédure civile*, n° 412. — Rodière, t. II, p. 45.

(230) Demolombe, t. 1^{er}, p. 416.

caution réelle, dans le cas même où la loi l'a dispensé de fournir une garantie.

Il ne peut donc être question d'une hypothèque conventionnelle, et nous ajoutons qu'il ne saurait non plus être question d'une hypothèque judiciaire. On a cependant invoqué l'article 2123, pour prétendre que le jugement qui intervient pour déclarer suffisants les immeubles possédés par l'étranger, conférerait nécessairement au défendeur une hypothèque judiciaire sur ces biens. Remarquons d'abord que ce jugement n'interviendra qu'autant qu'il y aura contestation sur la valeur et l'importance des immeubles. L'hypothèque judiciaire ne résulte d'ailleurs que des jugements qui contiennent une condamnation actuelle ou, tout au moins, le principe d'une condamnation future ou éventuelle, ou des jugements portant reconnaissance ou vérification de signature (art. 2123); or, le jugement qui déclare suffisants les immeubles possédés en France par l'étranger, bien loin de prononcer une condamnation contre ce dernier, constate, au contraire, qu'il satisfait aux conditions exigées par les articles 16 et 167. « L'hypothèque judiciaire résulte des jugements, dit l'article 2123, en faveur de celui qui les a obtenus ». Dans notre hypothèse, c'est le Français qui a succombé et non l'étranger, et il serait vraiment déraisonnable que le Français, en contestant mal à propos la suffisance des biens de son adversaire, obtînt du jugement qui condamne sa prétention, une hypothèque qu'il n'aurait point eue sans cette injuste contestation.

Cette solution nous semble aussi la seule conforme à l'esprit de la loi, qui a exigé la caution dans la crainte que l'étranger ne se dérobat aux effets de la condamnation. Dès qu'il possède en France des immeubles d'une valeur suffisante, il présente, aux yeux de la loi, assez de garantie pour ne plus être tenu de cette obligation.

On objecte, il est vrai, que, sans le secours de l'hypothèque, la mesure tutélaire prise par la loi à l'égard des nationaux, serait illusoire, car qui est-ce qui empêcherait l'étranger d'aliéner ou

d'hypothéquer les immeubles, et de priver ainsi le Français des sûretés qu'il lui avait d'abord offertes pour tenir lieu de caution ! Nous répondons qu'il faut envisager les choses, telles qu'elles se passent dans la pratique ; or, il est difficile d'admettre qu'un étranger, pour échapper au paiement des frais et des dommages-intérêts, vende à la hâte, c'est-à-dire souvent dans de mauvaises conditions, des immeubles qui sont peut-être d'une valeur très-importante. L'article 1167 C. civ. offrirait d'ailleurs au Français un moyen de faire tomber les droits concédés par le demandeur à des tiers en fraude de ses droits. Ajoutons enfin que, si pour protéger d'autant mieux les intérêts du Français, le législateur aurait pu lui conférer hypothèque sur les biens destinés à lui servir de garantie, on s'explique qu'il ne l'ait pas fait, car il a vu une sorte de garantie morale dans cette considération que l'étranger possède des immeubles en France, y a des intérêts stables et permanents, qu'il ne doit pas être disposé à sacrifier légèrement (231).

92. — M. Demante adopte aussi cette opinion (232), mais il ajoute que pour parer au danger qui résulte d'une telle situation, le tribunal pourra, suivant les circonstances, n'admettre les immeubles comme suffisants, qu'à la condition d'une affectation hypothécaire. M. Jaccoton combat avec vigueur cette opinion : « Quoi ! s'écrie-t-il, sans avoir examiné le procès, sans savoir quelle est celle des parties qui succombera en définitive, les juges pourront incontinent et les yeux fermés, mettre provisoirement les frais à la charge du demandeur, et grever ses biens d'une hypothèque, toujours funeste à son crédit ! » (233).

(231) Legat, p. 310. — Fœlix, t. I^{er}, n^o 142. — Merlin, *Répert.*, V^o *Caut. judi. solvi*, § 1^{er}, n^o 11. — Massé, t. II, n^o 744, p. 24. — Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n^o 52. — Aubry et Rau, t. VIII, § 747 *bis*, n. 14. — Demolombe, t. I^{er}, n^o 259. — Duranton, t. I^{er}, n^o 162. — Marcadé, t. I^{er}, n^o 149. — Jaccoton, *loc. cit.*, p. 187. — Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. I^{er}, p. 80, n. 18. — Bonfils, n^o 127, p. 112.

(232) T. I^{er}, n^o 30 *bis*-VII.

(233) *Loc. cit.*, p. 139.

Nous partageons la doctrine de cet ancien magistrat, car nous ne voyons aucun texte qui donne au tribunal le pouvoir de conférer un pareil droit au Français défendeur. De deux choses l'une : ou bien les immeubles sont suffisants pour répondre du paiement des frais et dommages-intérêts, et alors le tribunal prononcera la dispense de caution, ou bien ces immeubles sont insuffisants pour répondre de ce paiement, et alors le tribunal doit condamner l'étranger à fournir caution. Tel est le rôle du tribunal, et le pouvoir qui lui appartient d'apprécier la suffisance du gage, ne comprend pas celui de grever les immeubles qui le composent. Ce ne serait plus seulement, en effet, apprécier la valeur de ce gage, mais bien exiger une garantie différente de celle qui est exigée par la loi elle-même (234).

B. — DISPENSES RÉSULTANT DE TRAITÉS.

93. — L'étranger peut aussi être dispensé de fournir caution, en vertu d'un traité passé entre la France et le pays auquel il appartient. C'est ce qui résulte de l'article 11 C. civ., d'après lequel la réciprocité diplomatique est exigée, pour que l'étranger puisse se prévaloir d'un droit civil en France. Si donc le Français était admis à plaider sans caution devant les tribunaux étrangers, en vertu, soit de la jurisprudence et de la coutume, soit même de la loi ou de la constitution du pays de l'étranger, ce dernier se prévaudrait en vain de cette circonstance pour réclamer chez nous la même faveur. L'indépendance de la France, comme Etat souverain, ne pouvait permettre que sa législation particulière à l'égard des étrangers, dépendît ainsi des actes d'une autre Puissance. Il faut donc que cette dispense leur ait été accordée par un traité diplomatique (235). Elle résulterait

(234) Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 52.

(235) Carré, t. II, Quest. 696. — Boncenne, t. III, p. 181. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. Ier, p. 80, n. 18, *in fine*. — Aubry et Rau, t. VIII, § 747 bis, p. 180, n. 18.

d'ailleurs virtuellement, et par voie de réciprocité, d'un traité par lequel elle aurait été accordée aux Français, dans le pays auquel appartient l'étranger.

94. — Nous trouvons un traité de ce genre, passé le 24 mars 1760 entre la France et la Sardaigne, dont l'article 22 dispense les sujets sardes de la caution. Il y est dit, en effet, que , « pour être admis en jugement, les sujets respectifs ne seront tenus de part et d'autre qu'aux mêmes cautions et formalités qui s'exigent de ceux du propre ressort, suivant l'usage de chaque tribunal » (236).

Toutefois, avant 1860, on avait discuté la question de savoir si ce traité devait être considéré comme étant encore en vigueur, et M. Troplong nous rapporte qu'il avait été soutenu dans une consultation délibérée par MM. Jouhaud, Tripiet et Dupin, que ce traité avait été anéanti par la conquête, et que ses dispositions ne pouvaient être invoquées qu'autant qu'une convention nouvelle les aurait fait revivre (237). M. Troplong ajoutait que cette doctrine ne manquait pas de vraisemblance. La jurisprudence avait, au contraire, condamné cette opinion, soit tacitement, en interprétant les différentes clauses du traité de 1760, soit expressément, en se fondant sur cette raison que la guerre avait seulement suspendu et non anéanti cette convention, dont l'existence avait d'ailleurs été reconnue par de nombreux arrêts des Cours des deux pays et par les Gouvernements eux-mêmes (237 bis).

Cette doctrine serait encore plus difficile à soutenir aujourd'hui, en présence de la déclaration signée à Turin, le 11 septembre 1860 (238). Cette convention a, sans doute, pour but de

(236) *J. dr. int.*, 1879, p. 56. — Bastia, 8 fév. 1841; Dal., 41, 2, 97. — 16 fév. 1844; Dal., 44, 2, 63. — Paris, 3 mai 1843; Dal., *Répert.*, V° *Exceptions*, n° 43. — Cour d'assises du Var, 5 mai 1850; Dal., 52, 2, 45.

(237) *Privilèges et hypothèques*, t. II, n° 454. — Cette doctrine a été également défendue par M. Pasquale Fiore, professeur à l'Université de Turin; *J. dr. int.*, 1878, p. 244.

(237 bis) Aix, 8 déc. 1858; S., 59, 2, 605.

(238) S., 60, 3, 97.

s'occuper de l'exécution réciproque des jugements, mais les deux Gouvernements, en se réunissant pour interpréter le traité de 1760, ont par là clairement prouvé qu'ils le considéraient toujours comme obligatoire (239).

Le traité de 1760 est donc encore en vigueur aujourd'hui, et il a été décidé à bon droit par la jurisprudence des deux pays que cette convention, interprétée par celle de 1860, devait régir les relations internationales entre la France et le royaume d'Italie tout entier (240). La formation historique du royaume d'Italie doit, en effet, faire admettre cette solution, car, ainsi que le fait

(239) La jurisprudence admet, en France, la force obligatoire de la déclaration de 1860 qui a reçu une publication officielle. Req. rej., 27 avril 1870; S., 71, 1, 91. — Montpellier, 10 juil. 1872; S., 72, 2, 139. — Chambéry, 29 janv. 1873; *J. dr. int.*, 74, p. 306. — Paris, 24 nov. 1873; *J. dr. int.*, 75, p. 19. — La même solution a été consacrée plusieurs fois en Italie. Milan, 19 juil. 1875, et Cour d'appel de Turin, 20 mars 1876, rapportés par M. Dubois; *J. dr. int.*, 79, p. 305 et 307. — D'autres Cours ont, au contraire, refusé de reconnaître cette force obligatoire. V. notamment Cour d'appel de Brescia, 14 sept. 1875, rapporté également par M. Dubois; *J. dr. int.*, 79, p. 306. — Pour éviter toute difficulté, il est à désirer que l'on admette aussi en Italie la valeur légale de cette convention, et que le Gouvernement de ce pays, en la faisant publier officiellement, fasse disparaître un des principaux motifs sur lesquels on s'est fondé pour soutenir une opinion contraire à celle de la jurisprudence française.

(240) Bonfils, n° 268. — *J. dr. int.*, 1879, p. 57. — Paris, 27 août 1864; S., 67, 1, 118. — Req. rej. 27 avril 1870; S., 71, 1, 91. — Civ. cassat., 5 fév. 1872; S., 72, 1, 190. — Montpellier, 10 juil. 1872; S., 72, 2, 139. — Chambéry, 29 janv. 1873, déjà cité. — Paris, 24 nov. 1873, déjà cité. — 9 janv. 1875; *J. dr. int.*, 75, p. 354. — Trib. correct. Seine, 21 fév. 1879; *J. dr. int.*, 79, p. 278. — Paris, 1^{er} déc. 1879; *J. dr. int.*, 79, p. 545. — Trib. correct. Seine, 9 janv. 1880; *J. dr. int.*, 1880, p. 190. — Turin, 15 mai 1865. — Florence, 20 juin 1870. — Trib. Livourne, 22 mai 1878; cités par Pasquale Fiore; *J. dr. int.*, 78, p. 244, n. 1 et 4. — Milan, 19 juil. 1875. — Brescia, 14 sept. 1875. — Cour d'appel de Turin, 20 mars 1876, et les *observations* de M. Dubois sur ces trois arrêts; *J. dr. int.*, 1879 p. 305, 306, 307. — *Contrd*: Pasquale Fiore; *J. dr. int.*, 1878, p. 244.

remarquer M. Bonfils (241), si l'on considère l'ancien royaume de Sardaigne comme le noyau auquel sont venus se joindre les autres Etats, tous les traités passés avec la Sardaigne, doivent être applicables à ces derniers. Par la manière dont s'est formé le royaume d'Italie, les Etats sardes n'ont jamais péri comme Etat, mais ils ont successivement attiré à eux tous les autres Etats de la péninsule. Or, le territoire annexé doit bénéficier des avantages, comme il est légalement soumis aux obligations qui peuvent résulter des traités passés entre le pays auquel il appartient maintenant, et les pays étrangers (242).

De tout ce que nous venons de dire, il résulte que les sujets italiens ont le droit, aux termes du traité du 24 mars 1760, d'introduire une instance devant les tribunaux français, sans être tenus de fournir caution (242 bis).

95. — Les sujets suisses sont également dispensés de fournir la caution *judicatum solvi*. On les considérait déjà autrefois comme exempts de cette obligation, en vertu de l'article 24 du traité de 1715, renouvelé en 1777, d'après lequel ils devaient être traités *en tout* comme les propres sujets du roi (243). Voici également ce que porte l'article 2 du traité du 18 juillet 1828, passé entre la France et la Suisse, renouvelant, sur ce point, l'article 14 du traité du 4 vendémiaire an XII : « Il ne sera exigé des Français qui auraient à poursuivre une action en Suisse, et des Suisses qui auraient une action à poursuivre en France, aucun droit, caution ou dépôt, auxquels ne seraient pas soumis les nationaux eux-mêmes, conformément aux lois de chaque localité » (244).

(241) n° 268.

(242) Paris, 27 août 1864 ; S., 67, 1, 118.

(242 bis) Trib. civ. Seine, 27 déc. 1872 ; *J. dr. int.*, 74, p. 241. — Trib. correct. Seine, 21 fév. 1879 ; *J. dr. int.*, 79, p. 278. — 9 janv. 1880 ; *J. dr. int.*, 1880, p. 190.

(243) Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, V° *Caut. jud. solvi*, § 1^{er}, n° 2.

(244) S., *Lois annot.*, 1789 à 1830, p. 1196. — Dal., *Répert.*, V° *Exceptions*, n° 42. — Chambéry, 2 janv. 1867 ; Dal., 67, 5, 188.

Cette disposition a été confirmée par le traité du 15 juin 1869. L'article 13 de cette convention diplomatique est plus explicite que la disposition précédente, et ne dispense les Français de l'obligation de donner caution, qu'autant que les Suisses des autres cantons en sont également dispensés. « Il ne sera exigé des Français qui auraient à poursuivre une action en Suisse, aucun droit, caution ou dépôt, auxquels ne seraient pas soumis, conformément aux lois du canton où l'action est intentée, les ressortissants suisses des autres cantons ; réciproquement, il ne sera exigé des Suisses qui auraient à poursuivre une action en France, aucun droit, caution ou dépôt, auxquels ne seraient pas soumis les Français d'après la loi française » (245).

96. — La dispense de fournir caution résulte également d'autres conventions. Tels sont les traités conclus : avec le Chili (246), la République de Guatemala (247), l'Etat de Costa-Rica (248), la République Dominicaine (249), le Portugal (250), la Perse (251), le Honduras (252), la Nouvelle-Grenade (253), le royaume de Siam (253 *bis*), les Iles Sandwich (254), le San-Salvador (255), le Nicaragua (256), l'Espagne (257), la Russie (258).

(245) S., 69, 3, 429.

(246) 15 sept. 1846 (art. 3) ; S., *Lois annot.*, 1850, p. 68, et 1853, p. 144.

(247) 8 mars 1848 (art. 4, § 1) ; S., *Lois annot.*, 1849, p. 50.

(248) 12 mars 1848 ; S., *eod. loc.*, p. 53.

(249) 8 mai 1852 (art. 3, § 1) ; S., *Lois annot.*, 1852, p. 179.

(250) 9 mars 1853 (art. 1^{er}, § 1) ; S., *Lois annot.*, 1853-1854, p. 6.

(251) 12 juil. 1855 (art. 5, § 4) ; S., *Lois annot.*, 1857, p. 7.

(252) 22 fév. 1856 (art. 4, § 1) ; S., *Lois annot.*, 1857, p. 147.

(253) 15 mai 1856 (art. 4) ; S., *Lois annot.*, 1857, p. 141.

(253 *bis*) 15 août 1856 (art. 1^{er}) ; S., *Lois annot.*, 1857, p. 165.

(254) 29 oct. 1857 (art. 4, § 1) ; S., *Lois annot.*, 1860, p. 6.

(255) 2 janv. 1858 (art. 4, § 1) ; S., *eod. loc.*, p. 14.

(256) 11 avril 1859 (art. 4, § 1) ; S., *eod. loc.*, p. 3.

(257) 7 janv. 1862 (art. 2) ; S., *Lois annot.*, 1862, p. 21.

(258) 1^{er} avril 1874 (art. 2) ; S., 74, 3, 553.

Nous trouvons enfin d'autres traités qui ont pour but d'assurer le bénéfice de l'assistance judiciaire aux étrangers appartenant à certaines nations, et qui dispensent en même temps de l'obligation de fournir caution, ceux d'entre eux qui auront été admis à profiter de ce bénéfice. Tels sont les traités conclus avec l'Italie (259), la Bavière (260), le grand-duché de Luxembourg (261), l'Autriche (262). Voici notamment ce que porte l'article 3 de la convention du 22 mars 1870, passée entre la France et la Belgique: « Les Belges, admis en France, les Français, admis en Belgique au bénéfice de l'assistance judiciaire, sont dispensés de plein droit de toute caution ou dépôt qui, sous quelque dénomination que ce soit, peut être exigé des étrangers plaidant contre les nationaux, par la législation du pays où l'action sera introduite » (263). La même disposition se retrouve dans les traités conclus avec l'Italie, la Bavière, le grand-duché de Luxembourg et l'Autriche.

97. — Un traité est indispensable pour que l'étranger jouisse de la dispense de fournir caution. Il n'est pas nécessaire d'ailleurs qu'il formule cette dispense d'une manière explicite; il suffit qu'elle résulte de ses dispositions d'une façon non équivoque. C'est ainsi qu'il a été jugé que la convention consulaire avec l'Espagne, du 7 janvier 1862 (263 bis), en se bornant à dire que les Espagnols auraient un libre et facile accès auprès des tribunaux français, sous le bénéfice de la réciprocité, avait entendu les affranchir de l'entrave qui résulterait pour eux de l'obligation de donner caution (264). Cette manière de s'exprimer

(259) 19 fév. 1870 (art. 3); S., 70, 3, 455.

(260) 11 mars 1870; S., 70, 3, 456.

(261) 22 mars 1870; S., *eod. loc.*

(262) 14 mars 1879; *J. dr. int.*, 1880, p. 611.

(263) *Annuaire de législation étrangère*, t. 1^{er}, p. 352.

(263 bis) S., *Lois annot.*, 1862, p. 21.

(264) Trib. civ. Seine, 22 fév. 1870; Dal., 70, 3, 78. — 23 nov. 1880; *J. dr. int.*, 1880, p. 575. — Le 5 février 1874, le même tribunal a condamné un

se rencontre d'ailleurs dans la plupart des traités que nous avons cités, bien que les termes en soient quelquefois légèrement modifiés.

Cette dispense résulterait également d'une convention qui assimilerait les sujets de l'Etat étranger à ceux de la nation la plus favorisée, c'est-à-dire aux Suisses, aux Italiens et aux sujets des différentes Puissances avec lesquelles il a été fait antérieurement un traité qui les affranchit de cette obligation. Telle est la convention conclue avec la Perse, le 12 juillet 1855. Après avoir déclaré que les sujets des deux parties contractantes seraient traités comme ceux de la nation la plus favorisée, il ajoute dans l'article 5, § 4: « En France, les sujets persans seront également, dans toutes les contestations, soit entre eux, soit avec des sujets français ou étrangers, jugés suivant le mode adopté dans cet empire envers les sujets de la nation la plus favorisée » (265).

98. — La dispense de caution, si elle n'est pas formulée d'une manière expresse dans le traité, doit donc, tout au moins, y être énoncée d'une manière virtuelle et dans des termes qui ne laissent place à aucun doute. A défaut d'une telle disposition, cette exception ne saurait être établie par voie d'induction. C'est ainsi que Merlin constatait déjà que les étrangers originaires des pays avec lesquels il existait des traités d'abolition du droit d'aubaine, n'étaient pas pour cela dispensés de fournir la caution *judicatum solvi*. Toutefois, après avoir posé cette règle générale, il ajoutait que des raisons de réciprocité avaient fait introduire

Espagnol a fournir caution, non pas à cause de l'insuffisance du traité de 1862, mais par la raison que les dispositions des différents Codes ne pouvaient être modifiées que par l'effet d'une loi. *J. dr. int.*, 1874, p. 107.— Cette doctrine nous paraît absolument erronée. Elle est contredite par plusieurs articles de nos lois (art. 2123, 2128, C. civ.); et n'est pas conforme à la manière de voir de la jurisprudence, qui a reconnu la validité des traités passés avec la Sardaigne et la Suisse.

(265) S., *Lois annot.*, 1857, p. 7.

une exception en faveur des étrangers, nés dans les pays où l'on était dans l'usage d'exécuter sur un simple *pareatis* le jugement rendu dans le royaume, et où les sujets du roi étaient admis à plaider sans caution. « La raison, dit-il, s'en fait sentir d'elle-même. D'où vient la nécessité de la caution *judicatum solvi*, lorsqu'un étranger se constitue demandeur devant un tribunal français ? De ce qu'en thèse générale, les jugements des tribunaux français sont sans effet en pays étranger, comme les jugements rendus en pays étranger sont sans effet en France. Or, ce motif cesse absolument, lorsque par un traité entre la France et la nation à laquelle appartient le demandeur étranger, le jugement qui peut intervenir contre celui-ci en France, est susceptible d'exécution dans son pays » (266).

Le point de départ de cette doctrine ne nous paraît pas très-exact, et nous croyons qu'il ne faut pas hésiter à la rejeter dans notre législation actuelle. Elle a pu, il est vrai, être consacrée quelquefois dans notre ancien droit, mais, comme le fait observer Merlin lui-même, c'était dans des circonstances où des raisons d'Etat et de réciprocité avaient paru l'exiger. On s'explique d'ailleurs qu'en l'absence de loi sur la matière, quelques Parlements, et notamment celui de Dijon, aient considéré comme un motif suffisant de dispenser de la caution, la circonstance que le jugement rendu en France était exécutoire à l'étranger. Quoi qu'il en soit de cette ancienne jurisprudence, la solution que nous avons adoptée nous paraît la seule juridique aujourd'hui, en présence des dispositions formelles du Code civil. Il faut une dérogation certaine à la loi générale qui oblige l'étranger demandeur à fournir caution ; or, une telle dérogation ne résulte, ni expressément ni tacitement, des traités dont nous parlons. En effet, la règle du Code civil qui impose cette obligation à l'étranger demandeur, et celle d'un traité qui reconnaît l'autorité des jugements français à l'étranger, n'ont absolument rien d'incon-

(266) *Répert.*, V^o *Caut. judi. solvi*, § 1^{er}, n^o 9.

ciliable; ce sont deux dispositions tout-à-fait distinctes et indépendantes. Ajoutons que leur exécution simultanée se conçoit même parfaitement bien (266 *bis*). Sans doute, en l'absence d'une telle convention, le Français aurait été dans la nécessité de débattre à nouveau ses droits devant les tribunaux étrangers, avant de pouvoir faire exécuter la condamnation prononcée à son profit; mais, comme nous avons eu déjà l'occasion de le dire, d'autres raisons ont déterminé la décision du législateur. Il ne s'est pas, en effet, préoccupé seulement du défaut d'autorité des jugements français en pays étranger, mais aussi des inconvénients qui auraient pu rendre leur exécution difficile ou onéreuse. Bien que porteur d'un jugement exécutoire, le Français n'en sera pas moins obligé de remplir toutes les formalités nécessaires pour obtenir le *pareatis* de la juridiction étrangère. Il lui faudra donc franchir la frontière à grands frais, pour aller poursuivre au loin l'exécution du titre qu'il a entre les mains. Tous ces inconvénients ont dû nécessairement se présenter à l'esprit du législateur, et sont de nature à justifier complètement la solution que nous avons donnée (267).

Aussi faut-il reconnaître, contrairement à ce que disait Merlin, que la disposition qui exempte les étrangers de l'obligation de fournir caution, n'est pas inutile, alors même qu'elle se trouve dans un traité qui déclare les jugements rendus par les tribunaux de l'un des deux pays, exécutoires dans l'autre sans révision (268).

(266 *bis*) Paris, 24 fév. 1877; *J. dr. int.*, 77, p. 38.

(267) Aubry et Rau, t. VIII, § 747 *bis*, n. 19. — Massé, t. II, n° 739. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I^{er}, p. 80, n. 18. — Demangeat, sur Foelix, t. I^{er}, p. 304, n. a. — *Contrà*: Marcadé, t. I^{er}, n° 148. — Ponsot, *op. cit.*, n° 392.

(268) Traité du 24 mars 1760 avec la Sardaigne (art. 22, § 2 et 3), confirmé par la déclaration du 11 septembre 1860; *J. dr. int.*, 1879, p. 56. — Traité avec la Confédération suisse, du 4 vendémiaire an XII (art. 14 et 15); S., *Lois annot.*, 1789 à 1830, p. 651; du 18 juil. 1828 (art. 1 et 2); S., *eod. loc.*, p. 1197; et du 15 juin 1869 (art. 13, 15, 16 et 17); S., 69, 3, 429.

99. — La seule clause d'un traité portant que les jugements rendus dans l'un des pays seront exécutoires dans l'autre n'est donc pas suffisante pour dispenser l'étranger de l'obligation de la caution. C'est ce qui a été décidé par la Cour de Colmar, le 19 avril 1859 (269). Cet arrêt condamne des sujets badois à donner caution, malgré le traité passé entre la France et le grand-duché de Bade, le 16 avril 1846, d'après lequel les jugements rendus par les tribunaux de l'un des deux pays seront exécutoires dans l'autre. Comme le fait remarquer la Cour, le silence de pareils traités, en ce qui concerne l'exemption de la caution, est d'autant plus significatif que cette faveur exceptionnelle se trouve expressément énoncée dans les traités conclus avec la Sardaigne et la Suisse.

Cette interprétation du traité de 1846 présente aujourd'hui un intérêt tout spécial, car il a été provisoirement étendu à l'Alsace-Lorraine par l'article 18 de la convention additionnelle au traité de paix entre la France et l'Allemagne, signée à Francfort le 11 décembre 1871. Les Alsaciens-Lorrains devenus Allemands, qui plaident devant les tribunaux français, sont donc obligés de fournir la caution *judicatum solvi*, quand le défendeur français la réclame (270).

100. — Les Allemands, en général, sont d'ailleurs tenus de cette obligation, aussi bien que les Alsaciens-Lorrains. Il est vrai que l'article 11 du traité du 10 mai 1871 déclare : « Que le Gouvernement français et le Gouvernement allemand prendront pour base de leurs relations commerciales, le régime du traitement réciproque, sur le pied de la nation la plus favorisée » (271); mais cette disposition n'a trait qu'aux relations commerciales. En toute autre matière les sujets allemands restent soumis au

(269) Dal., 59, 2, 186.

(270) Paris, 24 fév. 1877; *J. dr. int.*, 77, p. 38. — Nancy, 16 juin 1877; Dal., 78, 2, 109.

(271) Dal., 71, 4, 25.

droit commun et, par conséquent, sont tenus de fournir caution (272).

101. — Il a aussi été jugé, à raison, que le traité du 30 avril 1862, passé entre la France et l'Angleterre, avait eu pour unique objet de régulariser la situation des compagnies et associations commerciales, industrielles ou financières, constituées et autorisées suivant les lois particulières à chacun des deux pays, et qu'il n'avait pas dispensé ces différentes sociétés de l'obligation de fournir caution (273). Il résulte bien, en effet, de cette convention internationale que les compagnies anglaises sont admises à plaider devant les tribunaux français, mais les termes, aussi bien que l'esprit de ce traité, prouvent qu'aucune dérogation n'a été apportée aux articles 16, C. civ. et 166, C. pr., puisque, loin de faire exception aux lois françaises, le texte en réserve, au contraire, expressément l'application (274).

101 *bis*. — Nous avons terminé l'étude des principales règles relatives à la caution *judicatum solvi*; mais nous ne voulons pas abandonner ce sujet sans donner notre appréciation sur la valeur de la disposition législative qui impose à l'étranger l'obligation de donner cette garantie au Français.

On a dit que le principe posé par l'article 16, C. civ. était parfaitement justifié, et que le législateur avait sagement agi en permettant au Français, attaqué follement par un étranger, d'exiger la caution *judicatum solvi* pour se mettre à l'abri des

(272) Trib. civ. Bastia, 29 avril 1873; Dal., 73, 3, 79.

(273) Paris, 27 juil. 1875; Dal., 77, 2, 117.

(274) L'article 1^{er} de ce traité est ainsi conçu: « Les hautes parties contractantes déclarent reconnaître mutuellement à toutes les compagnies et autres associations commerciales, industrielles et financières, constituées et autorisées suivant les lois particulières à l'un des deux pays, la faculté d'exercer tous leurs droits et d'ester en justice devant les tribunaux, soit pour intenter une action, soit pour y défendre, dans toute l'étendue des Etats et possessions de l'autre Puissance, sans autre condition que de se conformer aux lois desdits Etats et possessions. » Dal., 62, 4, 41.

frais occasionnés par une contestation mal fondée (275). Nous avons dit nous-mêmes que les motifs de cette garantie se comprenaient facilement ; mais, en nous exprimant de la sorte, nous nous mettions à la place du législateur et nous cherchions à faire ressortir les raisons qui ont pu le déterminer à consacrer la règle dont il s'agit. A l'interprétation d'une loi devant laquelle nous nous inclinons, dès qu'elle existe, qu'on nous permette de joindre la critique et d'exprimer le désir de voir bientôt disparaître de nos Codes cette mesure rigoureuse.

Aucun Etat ne refuse à l'étranger le droit de traduire les nationaux devant les tribunaux de leur pays. Ne semble-t-il pas, dès lors, que ce droit, pour être efficace, doive entraîner, comme une conséquence nécessaire, la faculté de le mettre en exercice avec une pleine et entière liberté ? Pourquoi donc, après avoir permis à l'étranger de s'adresser à nos tribunaux, le législateur vient-il immédiatement lui imposer une condition qui pourra être pour lui une barrière infranchissable ? N'est-ce donc pas un droit naturel que celui de poursuivre en justice l'exécution des obligations contractées par un débiteur récalcitrant ou de mauvaise foi ? Y a-t-il au moins des raisons assez puissantes pour justifier la faculté reconnue au Français d'entraver ainsi l'exercice d'un pareil droit ?

Sans doute, la demande dirigée par une personne insolvable qui contraint le défendeur à faire les frais d'un procès, peut lui causer un dommage impossible à réparer ; mais, pour remédier à cet inconvénient par la caution, il aurait fallu aller plus loin et l'exiger de tout demandeur, car un Français peut être insolvable, et voilà pourquoi nos anciens Parlements lui ont quelquefois imposé cette obligation, aussi bien qu'à l'étranger.

Ne peut-on pas dire toutefois qu'il y ont un danger tout particulier à éviter, en face d'un étranger qui aurait pu facilement disparaître et se soustraire à la condamnation prononcée contre

(275) Legat, p. 308. — Jaccoton, *loc. cit.*, p. 188.

lui, ou, tout au moins, contraindre le Français à subir toutes les lenteurs et les difficultés d'une exécution en pays étranger? Sans doute, mais ce motif qui peut avoir une certaine valeur, quand il s'agit d'un étranger domicilié dans son pays d'origine, pourrait également s'appliquer à l'étranger défendeur. Il est vrai que la défense est de droit naturel et que le rôle d'agresseur est toujours moins favorable, mais enfin la demande, elle aussi, n'est-elle pas de droit naturel, comme nous l'avons dit? Est-il permis d'admettre, comme une présomption, que le but de l'étranger demandeur est de venir troubler les Français et les contraindre témérairement ou de mauvaise foi à faire les frais considérables d'un procès? Remarquons d'ailleurs que le défendeur sera exposé aux mêmes difficultés, lorsqu'il se trouvera en présence d'un Français qui, sans perdre l'esprit de retour et sans abdiquer sa nationalité, aura cependant transporté en pays étranger le centre de sa fortune et de ses intérêts.

La caution *judicatum solvi* n'est pas non plus sans présenter de très-graves inconvénients. Elle constitue d'abord, comme nous l'avons dit, une grande entrave au droit d'ester en justice, soit à cause de la difficulté de trouver une caution ou une somme suffisante à consigner, soit à cause des lenteurs qui résulteront des débats préliminaires auxquels elle peut donner lieu. Elle favorise aussi la chicane de la part du défendeur. Dans son rapport sur le projet du livre I^{er} du Code civil italien, présenté au Sénat, le ministre, garde des sceaux, disait: « On imposait au demandeur étranger l'obligation de la caution; mais ne peut-on pas être cité en justice par un national insolvable? Souvent la demande de caution n'est qu'une arme dont se sert le défendeur pour retarder la solution de l'instance, et pour tracasser le demandeur. L'accroissement des moyens de communication facilite aujourd'hui au national la poursuite de ses droits » (276).

L'exception que la loi a apportée à l'obligation de fournir cau-

(276) *J. dr. int.*, 1879, p. 335.

tion dans les matières commerciales, prouve, que cette garantie n'est pas d'une rigoureuse nécessité, et, dès lors, elle ne devait pas être admise. Y a-t-il donc une autre justice en matière civile qu'en matière commerciale? Pourquoi les affaires civiles auraient-elles le privilège de traîner en longueur par les embarras et les difficultés que l'on permet au défendeur de susciter à son adversaire?

La caution *judicatum solvi* n'existe plus dans plusieurs pays étrangers; elle a notamment été abolie en Italie, comme nous le verrons en parlant des législations étrangères. Voici également la disposition adoptée dans la séance de l'Institut de droit international, tenue à Zurich, le 10 septembre 1877: « L'étranger sera admis à ester en justice, aux mêmes conditions que le régnicole » (277). Telle est la règle que nous voudrions voir bientôt inscrite dans nos lois. Comme l'a dit fort justement un auteur dans une comparaison saisissante, « en droit naturel, l'accès du juge doit être libre à tous, au demandeur comme au défendeur. La justice est dans l'ordre moral ce qu'est l'air ou l'eau dans l'ordre physique, c'est-à-dire une de ces choses communes auxquelles les étrangers ont droit comme les régnicoles » (278). La disposition de l'article 16, comme celle de l'article 14, nous semble avoir été dictée par l'idée d'une protection exagérée à accorder aux nationaux. Il faut aussi reconnaître que c'est une règle traditionnelle qui a sa source dans une défiance à l'égard des étrangers. C'était plus que de la défiance que l'on éprouvait autrefois à leur égard, car Bacquet ne craignait pas d'écrire « qu'au cœur de l'étranger il y a toujours soupçon de quelque poison caché, pour ne pas dire de trahison » (279). Cet esprit de défiance n'est plus le nôtre; il a fait place

(277) *Annuaire de l'Institut de droit international*, 2^e année, p. 44 et suiv.

(278) Rodière, t. II, p. 41.

(279) *Traité du droit d'aubaine*, ch. II, nos 18 et 19.

à la confiance qui est l'âme du commerce, et qui doit aussi être l'âme des relations civiles (280).

SECTION VI

Nature et portée de l'article 15.

102. — L'étranger, créancier d'un Français, pourra toujours, aux termes de l'article 15, s'adresser au tribunal français du domicile de son débiteur; ce n'est là que l'application de la règle générale : *Actor sequitur forum rei*. Mais le législateur, dans l'article 59, C. pr., a établi certaines règles spéciales de compétence, notamment en matière de succession et de société. Dans ces différentes hypothèses, l'étranger pourra-t-il encore traduire le Français devant nos tribunaux? Ce dernier ne pourra-t-il pas, au contraire, demander le renvoi de l'affaire devant le juge étranger du lieu où la succession est ouverte, où la société est établie?

Nous croyons que cette demande ne devrait pas être accueillie et que le défendeur invoquerait en vain les dispositions de l'article 59, C. pr. Ce texte, en effet, est une loi de compétence spéciale, qui règle exclusivement la juridiction entre les tribunaux français, et qui ne saurait, dès lors, être invoquée, quand il s'agit de fixer l'ordre des juridictions dans les rapports d'un tribunal français et d'un tribunal étranger (281). C'est à l'article 15 qu'il faut recourir pour résoudre cette dernière question, et cet article, par la généralité de ses termes, prouve suffisamment l'exactitude de la solution que nous avons donnée.

(280) Sur la nécessité d'abolir la caution, voyez Laurent, *Principes de droit civil*, t. 1^{er}, n° 439, p. 547, et *Droit civil international*, t. IV, n° 71, p. 149 et suiv. — Rapport de M. Asser à l'Institut de droit international; *Rev. dr. int.*, 1875, t. VII, p. 374.—V. également un mémoire élaboré par le ministre des affaires étrangères des Pays-Bas; *J. dr. int.*, 1874, p. 159 et suiv.

(281) Trib. civ. Poitiers, 29 déc. 1874; *J. dr. int.*, 1875, p. 441. — Rennes, 26 déc. 1879; Dal., 1880, 2, 53.

102 *bis*. — En vertu de la règle que nous venons de poser, nous déciderons qu'un associé étranger pourra traduire son coassocié français devant les tribunaux de France, alors même que le siège de la société aurait été établi à l'étranger.

De même encore, s'il s'agit d'une succession ouverte en pays étranger, les créanciers et légataires étrangers seront admis à s'adresser à nos tribunaux pour faire valoir leurs droits contre les héritiers français. L'action en partage d'une telle succession, intentée par un héritier étranger contre son cohéritier français, sera aussi valablement portée, soit devant le tribunal de la situation des biens litigieux, soit devant le juge français du domicile du défendeur (282).

Toujours en vertu de la même règle, nous pensons que l'étranger devrait être admis à invoquer le bénéfice de l'article 15, alors même que son débiteur français aurait établi son domicile hors de France (283). Nous avons déjà eu l'occasion d'examiner cette question (n° 28), et nous avons dit que l'article 15 établit une règle générale qui ne comporte pas de distinction, et qui domine les différentes dispositions de l'article 59 du Code de procédure. Il en serait ainsi, alors même qu'il s'agirait d'une contestation en matière commerciale, car l'article 420, C. pr., comme l'article 59, n'est qu'une règle de compétence spéciale qui suppose reconnue la compétence générale des tribunaux français (284).

Le créancier étranger pourrait-il encore s'adresser à nos tribunaux, si son débiteur français, domicilié à l'étranger, avait été déclaré en faillite par les tribunaux de ce pays? Nous ne voulons pas chercher à résoudre ici cette difficulté, parce que nous aurons à examiner une question analogue, en parlant de l'article 14: celle de savoir si le Français peut invoquer le bénéfice de cette disposition, malgré la déclaration de faillite de son débiteur étranger, prononcée par les tribunaux de son pays.

(282) Trib. civ. Poitiers, cité à la note précédente.

(283) Bonfils, n° 110, p. 104.

(284) Rennes, 26 déc. 1879, cité à la note 281.

Nous aurions encore à nous demander devant quel tribunal français le créancier étranger doit porter son action, lorsque son débiteur a transporté son domicile à l'étranger; mais nous rencontrerons la même difficulté, à propos de l'article 14, lorsqu'il s'agit d'une action intentée par un Français contre un étranger et que les deux parties sont domiciliées hors de France. La solution que nous donnerons à cette dernière question devrait être la même dans l'hypothèse d'une demande dirigée par un créancier étranger contre son débiteur français.

103. — L'étranger pourra donc toujours s'adresser aux tribunaux français, pourvu qu'il se conforme aux règles qui déterminent la compétence spéciale de ces tribunaux et qu'il fournisse la garantie de la caution *judicatum solvi*. Le Français ne saurait se plaindre d'une loi qui le soumet à la juridiction des magistrats de son pays; mais, d'un autre côté, il faut reconnaître qu'il ne pourrait, malgré lui, être jugé et condamné par un tribunal étranger. En fait, sans doute, l'étranger assignera peut-être le Français devant les tribunaux de son pays, si sa propre législation autorise une pareille procédure; mais on peut toujours se demander si nos concitoyens sont tenus de répondre à une telle attaque, et quels peuvent être les effets de leur comparution ou de leur non-comparution devant les juges étrangers. L'article 15, à notre avis, a eu bien moins pour but de conférer à l'étranger une simple faculté, impliquant le pouvoir de traduire le Français devant la juridiction étrangère, que de lui reconnaître le droit, bien qu'il soit étranger, de saisir la justice française. Le législateur a voulu avant tout soustraire les nationaux à l'action des tribunaux étrangers, et leur permettre d'invoquer, en matière personnelle et mobilière, la protection de la justice française (285).

(285) Bonfils, n° 115, p. 106. — Paris, 14 avril 1815; Dal., *Répert.*, V° *Droit civil*, n° 456. — Bordeaux, arrêt sans date, *J. dr. int.*, 1878, p. 265. — Rennes, 26 déc. 1879, déjà cité. — Trib. civ. Seine, 4 fév. 1880; *J. dr. int.*, 1880, p. 104. — *Contrà*: Aix, 8 déc. 1858; S., 59, 2, 605. — Req. rej., 19 déc. 1864; S., 65, 1, 217.

103 *bis*. — Le Français fera valoir le droit qui lui appartient, de ne pas être distrait, sans son consentement, de la juridiction des juges de son pays, en s'opposant à l'exécution en France du jugement obtenu contre lui à l'étranger (286). Le Français cité devant nos tribunaux par un étranger, serait également admis à refuser le désistement signifié par cet étranger, et à faire statuer au fond par le tribunal français, si cet étranger ne renonçait qu'à l'instance pendante en France et saisissait de sa demande une juridiction étrangère (287).

104. — Mais, de ce que le Français a le droit de ne pas être soustrait à la juridiction des tribunaux de son pays, faut-il en conclure que ce soit pour lui un devoir, ou, en d'autres termes, la disposition contenue dans l'article 15 est-elle d'ordre public et le Français ne peut-il renoncer à ce bénéfice?

La Cour de Grenoble (288), dans une espèce où il s'agissait d'un Français, assigné par un Piémontais devant un tribunal de son pays, a refusé d'accorder l'*exequatur* au jugement rendu par ce tribunal, en se fondant sur ce que le défendeur avait été distrait de la juridiction de son souverain, et qu'il ne lui était pas permis d'y renoncer pour se soumettre à une juridiction étrangère. Cette doctrine fut confirmée par la Cour de cassation, qui déclara formellement que l'incompétence du tribunal étranger était d'ordre public (289). L'exception qui en résulte devrait donc toujours être admise devant le tribunal français, auquel on vient demander l'exécution du jugement étranger. Au contraire, la Cour d'Aix, dans des arrêts des 25 novembre et 8 décembre

(286) Rennes, 26 déc. 1879. — Trib. civ. Seine, 4 fév. 1880, cités à la note précédente. — *Contrà*: Aix, 8 déc. 1858, cité à la même note.

(287) Trib. com. Marseille, 16 mars 1877; *J. dr. int.*, 1877, p. 423.

(288) 3 janv. 1829; Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 438.

(289) 17 mars 1830; Dal., *Répert.*, *eod. loc.*, n° 443. — V. également Paris, 11 juin 1877; S., 77, 2, 313. — Ce dernier arrêt a été cassé par la Cour suprême, qui a renvoyé l'affaire devant la Cour d'Amiens. Civ. cassat., 13 août 1879; Dal., 1880, 1, 85.

1858 (290) a jugé que cette exception est purement personnelle, que les parties peuvent renoncer à se prévaloir de cette incompetence, et qu'elles sont réputées y avoir renoncé, quand elles ne l'ont pas fait valoir avant toute défense au fond.

Nous préférons la doctrine consacrée par cette dernière Cour; car, s'il est vrai que le Français a toujours le droit d'être traduit devant les juges de son pays, il n'y a pas là une obligation, mais une faculté dont il est libre de ne pas se prévaloir. Il est incontestable, en effet, que tout individu peut, à son gré, se priver d'un bénéfice que la loi met à sa disposition, toutes les fois que cette renonciation ne porte pas atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Or, il importe peu à l'intérêt général et à l'indépendance des nations qu'un Français consente à être jugé par un tribunal étranger, s'il croit que tel est son avantage. C'est donc une affirmation gratuite que de prétendre que la compétence des tribunaux français est d'ordre public à l'égard des nationaux. Les parties ne pourraient pas, sans doute, attribuer à la juridiction administrative la connaissance d'un procès qui rentre dans la compétence des tribunaux civils, et, en ce sens, il est vrai de dire que l'ordre des juridictions est d'intérêt public; mais on peut déroger aux règles de compétence *ratione personæ*. Le législateur lui-même reconnaît au Français la faculté de faire une élection de domicile, attributive de compétence (art. 111, C. civ.), et rien ne vient exclure cette faculté, quand il s'agit de préférer un tribunal étranger à un tribunal français (291).

105. — Le Français peut donc renoncer au bénéfice d'être jugé par les tribunaux de son pays; mais une telle renonciation

(290) S., 59, 2, 606 et 608.

(291) Bonfils, n° 115, p. 106. — Dal., *Répert.*, V° *Droit civil*, n° 250. — *Observations* de M. Lyon-Caen, sur l'arrêt de Paris du 11 juin 1877; S., 77, 2, 313, n. 2. — Arrêts d'Aix, cités à la note précédente. — Dijon, 19 mars 1868; S., 68, 2, 333. — Civ. cassat., 13 août 1879; Dal., 1880, 1, 85. — Rennes, 26 déc. 1879; *J. dr. int.*, 1880, p. 105.

ne doit pas se présumer; il faut qu'elle résulte d'un fait qui ne laisse aucun doute sur l'intention de son auteur. Elle résultera, sans doute, de cette circonstance que le Français a répondu à l'assignation qui lui avait été donnée, et a présenté des défenses au fond, sans se prévaloir de l'incompétence du tribunal étranger; mais nous n'admettons pas, comme le fait la Cour d'Aix, que cette renonciation puisse s'induire de son seul silence, et qu'il ne soit plus recevable à opposer l'exception, par cela seul qu'il s'est laissé condamner, sans se défendre, par un jugement passé en force de chose jugée. « Où voit-on dans une semblable conduite, dit M. Bonfils, une renonciation au droit conféré par l'article 15? De quel acte l'impliquerait-on en présence de l'inactivité du Français? Était-il obligé d'aller sur la terre étrangère élever l'exception d'incompétence? » (292)

La renonciation du Français pourra d'ailleurs résulter d'autres faits que d'une défense au fond devant le juge étranger. C'est ainsi que, dans le cas où une assurance a été contractée près d'une compagnie française et de plusieurs compagnies ayant leur siège dans un pays étranger, avec attribution de juridiction aux tribunaux de ce pays, la compagnie française pourra valablement être assignée par l'assuré devant le tribunal étranger (293). L'arrêt indiqué à la note précédente décide, sans doute, que la compagnie française a pu être assignée devant les tribunaux français, malgré sa renonciation, mais pour des motifs tout-à-fait étrangers à la validité de cette renonciation, ce qui prouve qu'en l'absence de ces raisons, particulières à l'espèce, la clause aurait dû produire tous ses effets.

La Cour de cassation a également décidé (294) qu'on ne devait pas regarder comme contraire à l'ordre public, la clause

(292) N° 115.— Bordeaux, arrêt sans date; *J. dr. int.*, 1878, p. 265.

(293) Trib. com. Seine, 25 sept. 1878, confirmé par un arrêt de Paris, du 6 déc. 1878; *J. dr. int.*, 1879, p. 60 et 61.

(294) 13 août 1879; *J. dr. int.*, 1879, p. 485.

d'un tarif international entre une compagnie de chemins de fer français et une compagnie anglaise, stipulant qu'en cas d'accident, retard ou perte, les dommages devront être réglés au lieu de destination et, s'il y a litige, devant le tribunal de ce lieu. La Cour ajoute que cette convention doit aussi produire son effet à l'égard de l'expéditeur qui y adhère, en réclamant pour le transport de ses marchandises le tarif dans lequel elle est écrite. Il s'agissait, dans l'espèce, de l'action dirigée par un expéditeur français contre la compagnie des chemins de fer de l'Ouest; mais la solution serait la même si l'expéditeur était étranger. Il en résulte que la compagnie française serait valablement citée par l'expéditeur étranger devant les tribunaux étrangers, et qu'elle serait également soumise à cette juridiction, dans le cas où la compagnie étrangère, assignée par voie d'action principale devant le juge étranger, viendrait à l'appeler en garantie.

On ne saurait voir une renonciation au bénéfice de la juridiction française dans le seul fait, dégagé de toute autre circonstance, que le Français défendeur serait membre d'une société dont le siège est à l'étranger (295). Mais il en serait autrement, si le Français faisait partie, en qualité d'associé ou d'actionnaire, d'une société dont les statuts, par une clause formelle, attribueraient compétence au tribunal du lieu où elle est établie (296). La question serait plus délicate, si la clause dont il s'agit, confiait à des arbitres non désignés le soin de terminer toutes les contestations sociales. On pourrait alors se demander si cette stipulation ne doit pas être considérée comme dépourvue de toute efficacité juridique, aux termes de l'article 1006 du Code de procédure. Nous laissons, pour le moment, cette question de côté, car nous aurons l'occasion de l'examiner en parlant de l'article 14 (n° 214).

(295) Rennes, 26 déc. 1879, déjà cité.

(296) Dijon, 19 mars 1868; S., 68, 2, 333.

106. — Les deux questions que nous venons d'examiner, à savoir : si le Français a le droit d'être traduit devant ses juges naturels, et s'il peut ou non renoncer à ce droit, n'ont peut-être pas une importance pratique aussi considérable qu'on pourrait le croire. En effet, quand même il aurait, comme nous l'avons admis, le droit dont il s'agit, il aura rarement l'occasion de le faire valoir. Il faut, pour cela, que l'on produise en France le jugement rendu à l'étranger, à l'exécution duquel il prétend s'opposer. Or, si le Français n'a pas de biens à l'étranger, il est difficile de supposer que l'étranger obtienne d'abord un jugement *contre* lui dans son pays, puisqu'il serait obligé de recommencer une nouvelle instance en France pour le rendre exécutoire ; et, d'autre part, s'il possède des biens d'une certaine valeur à l'étranger, son adversaire qui a obtenu le jugement dans son pays, s'empressera de le faire exécuter sur ces biens, sans le produire devant la justice française.

Quant à la seconde question, elle n'aura pas non plus une extrême importance, puisqu'en admettant même que le Français ait le droit de renoncer au bénéfice de l'article 15, et qu'il y ait de fait renoncé, la jurisprudence française décide qu'en l'absence de traité diplomatique, le jugement doit être révisé au fond.

107. — Remarquons enfin qu'il pourra se produire différentes hypothèses dans lesquelles le Français sera tenu d'accepter la juridiction des tribunaux étrangers, et n'aura plus le droit de revendiquer la faveur de comparaître devant le juge français. C'est ainsi que l'article 3 du traité du 18 juillet 1828, passé entre la France et la Suisse, après avoir posé en principe que le demandeur, en matière personnelle, sera tenu de poursuivre son action devant les juges naturels du défendeur, ajoute : « à moins que les parties ne soient présentes dans le lieu même où le contrat a été stipulé » (297). Il en résulte que le Français

(297) S., *Lois annotées*, 1789 à 1830, p. 1197.

pourra être traduit devant les tribunaux suisses, lorsqu'il sera présent dans le pays où le contrat a été passé.

De même encore, aux termes de cet article, les contestations qui pourraient s'élever entre les héritiers d'un Suisse, mort en France, à raison de sa succession, doivent être portées devant le juge du dernier domicile que le Suisse avait dans son pays. Il en résulte encore que c'est devant ce tribunal que devra être intentée l'action dirigée par un héritier suisse contre un héritier français.

Le traité du 15 juin 1869 a eu pour but d'interpréter et de compléter celui de 1828. L'article 1^{er} consacre d'abord le principe : que, dans les contestations en matière mobilière et personnelle, civile ou de commerce, le demandeur sera tenu de poursuivre son action devant les juges naturels du défendeur; puis il ajoute : « Si néanmoins l'action a pour objet l'exécution d'un contrat consenti par le défendeur dans un lieu situé, soit en France, soit en Suisse, hors du ressort desdits juges naturels, elle pourra être portée devant le juge du lieu où le contrat a été passé, si les parties y résident au moment où le procès sera engagé » (298).

Remarquons qu'aux termes de l'article 4 de ce traité, le Français pourra encore être traduit devant le tribunal suisse de la situation d'un immeuble, lorsqu'il s'agira d'une action personnelle relative à la propriété ou à la jouissance de cet immeuble.

Il résulte encore de l'article 5, beaucoup plus explicite que l'article 3 du traité de 1828, que l'action intentée par un Suisse contre un Français, héritier ou légataire d'un Suisse mort en France, sera portée devant le tribunal de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire devant le tribunal du lieu d'origine du défunt en Suisse.

108. — Il nous reste à examiner deux questions qui peuvent

être posées à l'occasion du traité franco-suisse du 15 juin 1869.

Le principe fondamental de cette convention diplomatique étant que le défendeur ne saurait être soustrait à son juge naturel, on peut tout d'abord se demander si le Suisse, actionné dans son pays par un Français, peut valablement saisir d'une demande reconventionnelle le tribunal suisse devant lequel l'action a été introduite? Le Français ne peut-il pas repousser cette demande, en se fondant sur l'article 1^{er} du traité qui serait violé, s'il pouvait ainsi être condamné par un tribunal suisse à l'exécution d'engagements pris envers un Suisse? Nous pensons que le tribunal suisse sera compétent, malgré la disposition de cet article, lorsque la demande formée par le défendeur sera intimement unie à la demande principale, de telle sorte que les deux affaires n'en formeront, pour ainsi dire, qu'une seule à double face, et que le défendeur à la première se bornera à opposer une exception de compensation, sous la forme d'une demande reconventionnelle. Le Français demandeur pouvait alors prévoir que ses propres engagements seraient invoqués comme moyens de décharge par le défendeur. Supposez, par exemple, qu'un Français loue une maison située en Suisse, dont il est propriétaire, à un ouvrier suisse qui lui fait des fournitures plus ou moins importantes. Le locataire ne paie pas son loyer et, de son côté, le propriétaire reste débiteur du montant de ces fournitures. Si ce dernier actionne son locataire en paiement des loyers devant le tribunal suisse compétent, ce tribunal aura aussi juridiction pour statuer sur la demande reconventionnelle en règlement des fournitures non payées. Dans cette hypothèse et autres semblables qui seront à examiner en fait, il serait par trop rigoureux de forcer le défendeur à se laisser condamner en Suisse, et à intenter ensuite une action principale en France, pour obtenir l'exécution de l'obligation qui faisait l'objet de sa demande reconventionnelle.

109. — La seconde question qui peut être posée à propos du

traité de 1869, est celle de savoir si le Français condamné pour crime ou délit par le tribunal suisse compétent, peut aussi être condamné par la même juridiction aux dommages-intérêts réclamés par la partie civile, ou si, au contraire, l'action civile doit être portée devant les tribunaux français. Ici encore nous trouvons une connexité intime entre les deux sentences que le tribunal aura à prononcer, et, comme dans l'hypothèse précédente, nous pensons que le juge appelé à statuer au criminel et à disposer de la liberté et peut-être de la vie d'un individu, doit aussi être admis à prononcer sur la question subsidiaire des dommages-intérêts, et à allouer une indemnité à la victime. Pour la question accessoire, aussi bien que pour la question principale, le juge du lieu est d'ailleurs plus à même que tout autre, d'arriver d'une manière rapide et certaine à recueillir tous les éléments de la cause. Il faudrait, au contraire, si l'on contestait la compétence du tribunal suisse, que la juridiction française se livrât à une nouvelle instruction. Ajoutons enfin qu'une autre solution entraînerait avec elle cette conséquence que le tribunal français aurait le droit de proclamer innocent celui qui a été déclaré coupable en Suisse, conséquence peu en harmonie avec l'esprit du traité de 1869, qui a pour base une confiance réciproque dans la justice des deux pays.

Les solutions que nous venons de donner devraient être maintenues, s'il s'agissait d'un étranger appartenant à un autre pays que la Suisse. En d'autres termes, un Français pourra, sur la demande d'un étranger, et malgré l'article 15 du Code civil, être condamné à une réparation pécuniaire par une juridiction étrangère valablement saisie de la connaissance d'un crime ou d'un délit par lui commis. De même encore, toutes les fois que, renonçant au bénéfice de l'article 14, il poursuivra son adversaire devant les juges de son pays, ceux-ci seront compétents pour statuer sur les demandes incidentes formées par l'étranger défendeur, lorsqu'elles seront connexes à l'action principale et ne seront que des défenses à la demande primitive.

110. — Aujourd'hui encore, malgré le traité du 16 avril 1846, passé entre la France et le grand-duché de Bade, et applicable à l'Alsace-Lorraine, l'action intentée contre un Français par un sujet badois ou alsacien-lorrain, pourra toujours être portée devant un tribunal français, d'après la règle générale que nous avons précédemment établie, bien que ce tribunal ne soit pas un de ceux désignés comme compétents par l'article 2 de ce traité. Nous établirons, en effet, avec plus de développements, en parlant de l'article 14 (n° 251), que les règles de compétence édictées par cette convention, ne l'ont été qu'au point de vue de l'exécution dans l'un des pays des jugements rendus dans l'autre pays, et qu'à la différence des traités de 1828 et 1869 avec la Suisse, elles n'ont apporté aucune dérogation aux règles générales sur la compétence, telles qu'elles sont établies par la législation de chaque Etat.

110 *bis*. — Nous venons d'examiner la nature et la portée de l'article 15. Il est certain, comme nous l'avons dit, que le Français devra se soumettre à la juridiction étrangère, toutes les fois que cette obligation lui sera imposée par un traité, ou qu'il aura renoncé au bénéfice de la justice française. Mais nous croyons qu'il faudrait aller plus loin et ne pas accorder au Français le privilège de ne pouvoir être traduit malgré lui devant des juges étrangers. Le Français ne devrait jamais être admis à refuser la juridiction d'un tribunal dans le ressort duquel il a son domicile. De même encore, s'il s'agit d'une société établie, d'une succession ouverte, ou d'une faillite déclarée en pays étranger, il faudrait, comme nous le dirons en parlant de l'article 14, reconnaître une juridiction unique, celle du tribunal du lieu où la société a son siège, où la succession est ouverte, où la faillite a été déclarée.

Nous savons bien que l'article 15 n'a pas toujours reçu l'interprétation que nous lui avons donnée, et que l'on a voulu y voir une simple faculté pour l'étranger. Cette interprétation pourrait paraître exacte, si l'on s'en tenait à la lettre même de cet article ; mais la combinaison de cette disposition avec celle qui la précède

et l'esprit dans lequel ont été rédigés les articles 14 et 15 nous ont paru justifier suffisamment celle que nous avons adoptée. Ce sont là des règles empreintes d'égoïsme national et de suspicion d'Etat à Etat, qui ne sont plus dans nos mœurs; nous sommes le premier à le reconnaître et à le regretter; mais ce sont des lois que nous devons appliquer et pour l'interprétation desquelles nous devons consulter la pensée et rechercher le but de ceux qui en sont les auteurs.

Législations étrangères.

L'étude des législations étrangères ne saurait être réellement utile et intéressante qu'à la condition d'entrer dans des détails sur les conditions d'application des principes qu'elles consacrent et sur les exceptions qui peuvent les accompagner. Mais un tel travail ne saurait trouver ici sa place, d'abord parce que ce serait sortir des limites que nous nous sommes tracées; ensuite, parce que cette étude exigerait l'examen de documents qui, pour la plupart, ne sont pas à notre disposition. D'un autre côté, nous nous reprocherions de garder un silence absolu, en ce qui concerne les règles édictées par les législateurs des autres pays sur la compétence à l'égard des étrangers. Nous nous bornerons donc à donner une idée générale des principes adoptés en cette matière par quelques Etats étrangers, en attribuant d'ailleurs à ces notions une importance tout-à-fait secondaire. Nous ferons usage avant tout des renseignements que nous avons pu nous procurer; ils sont malheureusement peu nombreux, car, sauf de rares exceptions, nous ne connaissons pas le texte même des Codes étrangers, et les publications faites dans le cours de ces dernières années, ont eu principalement pour objet les règles à suivre relativement à l'exécution des jugements rendus par les

tribunaux d'un autre pays. Nous devons donc nous borner souvent à donner, d'après M. Fœlix, dont l'ouvrage a un peu vieilli, quelques indications générales sur le sujet qui nous occupe.

111. — Dans tous les pays civilisés, l'étranger est admis à poursuivre en justice contre les nationaux, l'exécution des obligations par eux contractées à son profit. Ce droit lui est formellement reconnu par l'article 15 du Code civil, et quelques Codes étrangers l'ont également consacré par une disposition spéciale (299).

Dans les autres pays, le principe, bien qu'il ne soit pas expressément formulé, n'en est pas moins reconnu, et il résulte d'ailleurs de ce que l'étranger est assimilé au national, quant au droit d'ester en justice, ou, d'une manière générale, quant à la jouissance des droits civils.

La plupart des législations subordonnent également ce droit de l'étranger à la condition de fournir une garantie aux nationaux ; mais plusieurs modifications ont été apportées, dans certains pays, à la règle écrite dans l'article 16, C. civ.

112. — En Belgique, le pouvoir législatif procède à la révision des Codes français, qui ont continué à régir la Belgique après la chute du premier Empire. L'article 139 de la Constitution belge est, en effet, ainsi conçu : « Le Congrès national déclare qu'il est nécessaire de pourvoir par des lois séparées, et dans le plus court délai possible, aux objets suivants, n° 11 : la révision des Codes ». Ce grand travail, longtemps différé, est déjà très-avancé. Il a produit notamment une nouvelle loi sur le régime hypothécaire, en 1851, et a porté également sur le Code pénal et le Code de commerce. Une loi du 17 avril 1878 contient, d'autre part, le titre préliminaire d'un nouveau Code de procédure pénale.

De même encore, une loi du 25 mars 1876 est venue mettre en vigueur le titre premier du livre préliminaire du nouveau Code

(299) Bonfils, n° 148, p. 126. — Fœlix, t. 1^{er}, n° 129, p. 282.

de procédure civile (300). Ce titre se divise en deux chapitres : le premier traite de la compétence d'attribution, et le second de la compétence territoriale. Ce dernier chapitre contient plusieurs articles qui tracent les règles à suivre pour déterminer la compétence à l'égard des étrangers (art. 52 à 54) (301). Ces articles ne parlent pas en termes exprès du cas où l'étranger se porte demandeur contre un Belge, mais, outre que le Code civil n'a pas été abrogé en Belgique (art. 15), il résulte clairement de l'esprit de cette loi et du principe qui en est la base, qu'il n'y a aucune différence, sous ce rapport, entre le demandeur étranger et le demandeur belge.

Nous avons déjà eu l'occasion de parler de la législation belge sur le droit des sociétés étrangères d'estimer en justice en Belgique, en exposant la suite des faits qui ont amené la rédaction de la loi française du 30 mai 1857. Autrefois on avait agité, en Belgique, la question de savoir si une société anonyme étrangère avait qualité pour ester en justice en nom propre. Cette question fut d'abord résolue affirmativement par un arrêt de la Cour de cassation belge, du 22 juillet 1847 (302), par la raison que les lois étrangères concernant l'état et la capacité des étrangers, devaient les régir en Belgique, sans qu'il y ait de distinction à faire entre les personnes morales et les personnes physiques. Cette doctrine fut vivement attaquée, et, par des arrêts des 8 février 1849 et 30 janvier 1851, la Cour de cassation, abandonnant sa première jurisprudence, décida que les sociétés anonymes étrangères n'avaient pas d'existence légale en Belgique, et ne pouvaient y ester en justice en nom propre (303). Cette

(300) *Annuaire de législation étrangère*, 1877, t. VI, p. 467.

(301) *Annuaire* cité, p. 476 et 477.

(302) Dal., 47, 2, 171. — V. aussi trib. de Gand, 20 juil. 1846; Dal., 47, 3, 68. — *Contrà*: Juge de paix de Mons, 25 novembre 1845; Dal., *loc. cit.*

(303) Cités dans le rapport sur la loi de 1857; Dal., 57, 4, 77.

décision repose sur ce motif qu'un acte de la puissance publique est indispensable pour ériger une société anonyme en personne morale, et que la souveraineté a pour limite le territoire sur lequel elle s'exerce.

Cette jurisprudence fut consacrée indirectement par la loi belge du 14 mars 1855, qui établit une exception en faveur des sociétés qui auraient obtenu l'autorisation du Gouvernement français, sous la condition de la réciprocité au profit des sociétés établies en Belgique. L'article 2 de cette loi autorisait le Gouvernement à étendre, par arrêté royal, et moyennant réciprocité, le bénéfice de l'article 1^{er} aux sociétés de tous autres pays. D'après l'article 3, la réciprocité était constatée, soit par les traités, soit par la production des lois ou actes propres à en établir l'existence.

En présence de telles dispositions, les sociétés anonymes françaises se disposèrent à s'adresser de nouveau aux tribunaux belges, sans même soupçonner que, pour établir la réciprocité, elles seraient obligées de fournir d'autres preuves que celle de la jurisprudence notoire des tribunaux français. Mais on leur répondit que le principe sur lequel avait été fondée cette jurisprudence, avait reçu en Belgique une interprétation contraire qui pourrait être suivie en France, et que la loi belge n'avait pas entendu faire dépendre la réciprocité d'une règle aussi incertaine et aussi variable. C'est ce nouvel incident qui amena la rédaction de la loi française du 30 mai 1857, dont nous avons parlé à propos de l'article 15.

Les dispositions du Code de commerce, relatives aux sociétés, ont été modifiées par la loi belge du 18 mai 1873, dont l'article 128 porte : « Les sociétés anonymes et les autres associations commerciales, industrielles ou financières, constituées et ayant leur siège en pays étranger, pourront faire leurs opérations et ester en justice en Belgique » (304).

(304) *Annuaire de législation étrangère*, 1874, t. III, p. 363.

Cette loi entend évidemment parler de sociétés valablement constituées en pays étranger, comme cela fut d'ailleurs reconnu par le rapporteur. « La forme du contrat, dit-il, est soumise à la règle : *Locus regit actum* ; mais les conditions d'existence de la société, son organisation, doivent appartenir au statut personnel. »

Il faut aussi que la société ait son siège en pays étranger. On avait, sous l'empire de la loi de 1855, résolu différemment la question de savoir quel devait être le caractère d'une société qui, après s'être constituée à l'étranger, venait faire de nombreuses opérations en Belgique (305). Les rédacteurs de la loi de 1873 ont voulu prévenir des fraudes, et empêcher qu'une société, destinée à avoir son siège et à opérer en Belgique, pût se constituer à l'étranger dans le but unique de se soustraire aux lois belges (306).

La publication du contrat social n'est d'ailleurs pas nécessaire en Belgique pour qu'une société étrangère puisse y ester en justice, car la loi n'exige pas cette condition.

Le bénéfice de l'article 128 est aussi indépendant de toute condition de réciprocité, car il n'en est pas fait mention, et il serait arbitraire d'ajouter aux dispositions de la loi.

Remarquons, en terminant, que la jurisprudence belge admet, comme la jurisprudence française, en général, que les syndics peuvent, avant l'*exequatur* du jugement étranger de faillite, exercer leurs pouvoirs en Belgique, et spécialement poursuivre en justice les débiteurs du failli (306 *bis*).

113. — Nous n'avons rien de particulier à dire, au sujet de la caution que le demandeur étranger doit fournir au défendeur

(305) V. notamment, Gand, 21 avril 1876 ; *J. dr. int.*, 76, p. 305. — Bruxelles, 13 juin 1877 ; *J. dr. int.*, 78, p. 524.

(306) Trib. com. Anvers, 10 juil. 1877 ; *J. dr. int.*, 78, p. 526.

(306 *bis*) V. sur ce point un article de M. Humblet, avocat à Liège, et les arrêts qu'il cite ; *J. dr. int.*, 1880, p. 87 et s.

belge. Cette caution est la même que celle que l'étranger est tenu de donner au défendeur français, puisque le Code civil et le Code de procédure civile n'ont pas encore été abrogés en Belgique, du moins dans leur ensemble (art. 16, C. civ., et 166, C. pr.) (307).

Nous devons toutefois signaler une convention, relative à l'assistance judiciaire, conclue le 22 mars 1870 entre la France et la Belgique et approuvée par la loi belge du 28 mai 1870. L'article 3 de cette convention est ainsi conçu : « Les Belges admis en France, les Français admis en Belgique au bénéfice de l'assistance judiciaire, sont dispensés de plein droit de toute caution ou dépôt qui, sous quelque dénomination que ce soit, peut être exigé des étrangers plaidant contre les nationaux, par la législation du pays où l'action sera introduite » (308).

D'après l'article 2 de la loi de 1870, le Gouvernement belge est autorisé à conclure des arrangements semblables avec les autres Etats. Des conventions ont, en effet, été passées, notamment avec le grand-duché de Luxembourg et l'Italie (309).

114. — Le droit de l'étranger d'actionner son débiteur devant les tribunaux d'Italie, n'est pas expressément reconnu par le Code italien; mais le législateur de ce pays, voulant rendre hommage aux principes du droit privé international, a donné un noble et généreux exemple aux législateurs des autres pays, en proclamant indistinctement l'égalité de l'étranger et du national pour la jouissance des droits civils (art. 3, C. civ.). Il est donc incontestable que l'étranger peut se prévaloir du droit le plus précieux et le plus important de tous, celui d'obtenir justice à l'encontre de son débiteur italien.

(307) Le nouveau Code de procédure doit contenir une disposition qui dispensera l'étranger de fournir caution. Laurent, *Droit civil international*, t. IV, n° 71, p. 152.

(308) *Annuaire de législation étrangère*, 1872, t. I^{er}, p. 352.

(309) 5 août-3 sept. 1870. — 30 juil.-12 nov. 1870; *Annuaire* cité, p. 352, n. 3.

Le principe dont il s'agit est d'ailleurs général et doit s'appliquer aux personnes morales, aussi bien qu'aux personnes naturelles, c'est-à-dire à tous les corps moraux légalement reconnus à l'étranger, qui pourront, dès lors, agir en justice devant les tribunaux italiens (310). Ce droit a été formellement reconnu dans un certain nombre de traités, passés entre l'Italie et des Puissances étrangères, en ce qui concerne spécialement les sociétés commerciales, industrielles et financières, constituées conformément aux lois de l'un des Etats contractants (311).

115. — L'étranger étant admis à la jouissance des droits civils, il en résulte qu'il peut ester en justice en demandant contre un national, sans être tenu de fournir la caution *judicatum solvi*. Nous avons déjà eu l'occasion (n° 101 *bis*) de citer les paroles du ministre, garde des sceaux, qui justifiait l'abolition de la caution en disant qu'on peut être cité en justice par un national insolvable, et que la demande de caution n'était souvent qu'une arme dont se servait le défendeur pour tracasser son adversaire et retarder la solution de l'instance.

Différents traités ont été passés entre l'Italie et plusieurs Etats étrangers, dans le but d'assurer à l'Italien le même traitement à l'étranger, que celui dont jouissent les étrangers en Italie. C'est ainsi que l'article 23 du traité de commerce et de navigation conclu avec les Etats-Unis, le 26 février 1871, déclare que : « les citoyens de l'une et de l'autre partie auront libre accès aux tribunaux de justice pour la poursuite et la défense de leurs droits, sans autres conditions, restrictions et taxes, que celles qui sont imposées aux nationaux... » (312).

116. — En Angleterre, le demandeur étranger est dispensé de fournir caution lorsqu'il réside dans le pays. Le demandeur

(310) *J. dr. int.*, 1879, p. 340.

(311) V. l'énumération de ces traités; *J. dr. int.*, 1879, p. 341, n. 1.

(312) *Annuaire de législation étrangère*, 1872, t. 1er, p. 311. — Voyez, pour l'indication des autres traités, *J. dr. int.*, 1879, p. 340, n. 1.

régnicole n'est pas tenu de donner caution pour le remboursement des frais de justice, excepté en cas d'appel devant le Conseil privé contre les jugements rendus dans les pays dépendants de la Grande-Bretagne (313).

117. — D'après les articles 152 et 153 du Code de procédure civile des Pays-Bas, tout demandeur principal ou intervenant est tenu de donner caution. Cette obligation lui est imposée, non-seulement en matière civile, mais aussi en matière commerciale. L'étranger n'est dispensé de cette obligation que lorsqu'il consigne le montant de la somme déterminée par le jugement qui ordonne la caution, ou lorsqu'il justifie que ses immeubles, situés dans le pays, sont suffisants pour en répondre. Encore, dans ce dernier cas, doit-il consentir une inscription hypothécaire sur ces immeubles (314). Nous avons vu que des auteurs ont soutenu que cette obligation devait être également imposée à l'étranger demandeur devant les tribunaux français; mais nous avons cru devoir combattre cette doctrine, en l'absence d'un texte formel qui permette de grever ainsi les biens de l'étranger.

Notons, en passant, une loi du 26 juin 1876 qui apporte des modifications à la procédure en matière de cassation civile. Le défendeur doit, d'après cette loi, requérir la caution *judicatum solvi* avant toute exception. Les dispositions qui réglementent cette caution pour les autres instances, sont rendues applicables en matière de cassation. La nouvelle loi dispense de cette obligation le demandeur en cassation qui a été défendeur en première instance, ainsi que le défendeur en cassation, même en cas de pourvoi incident. La caution fournie dans les instances antérieures, reste engagée pour les frais de cassation (315).

(313) Fœlix, t. I^{er}, n° 131, p. 290. — Bonfils, n° 149, p. 129. — *Rev. étrang. et franç. de législation*, 1840, t. VII, p. 162. — *J. dr. int.*, 1880, p. 520, n. 4.

(314) Fœlix, t. I^{er}, n° 131, p. 286. — Bonfils, n° 149, p. 128.

(315) *Annuaire de législ. étrang.*, 1877, t. VI, p. 508.

118. — En Portugal, l'étranger demandeur n'est point assujéti à la nécessité de donner caution (316).

119. — En Suède, les étrangers ne sont pas non plus tenus de donner la caution *judicatum solvi* devant les tribunaux du pays. Le Comité de législation avait, paraît-il, proposé de les soumettre à cette obligation ; mais la proposition est restée à l'état de projet (317).

120. — En Grèce, le demandeur étranger doit fournir caution, si le défendeur régnicole le requiert, excepté dans les trois cas suivants : 1° s'il possède en Grèce des immeubles suffisants ; 2° si la partie de la créance non contestée suffit pour couvrir les frais et les dommages-intérêts éventuels ; 3° en matière de commerce : le tout, sauf les stipulations spéciales des traités (318).

121. — Le Code polonais comprend dans le montant de la caution à fournir, les dommages-intérêts et la privation du gain, et assimile à la possession des immeubles celle d'un établissement industriel. C'est là, en effet, une garantie qui sera, dans bien des cas, plus sérieuse que la propriété d'un simple immeuble (319).

122. — Les graves difficultés qui se sont élevées sur le point de savoir si une société par actions, créée dans un pays, doit être reconnue dans un autre et peut y faire des opérations, ont déter-

(316) Voyez, dans la *Revue historique de droit français et étranger*, t. III, p. 369 et suiv., un article publié par M. Lévy Maria Jiordao, à propos de la concordance des Codes de M. de Saint-Joseph. — Il y a un nouveau Code de procédure, de 1876, qu'une loi du 8 novembre a déclaré en vigueur à partir du 17 mai 1877. Nous ne savons s'il contient des dispositions spéciales, en ce qui concerne la caution *judicatum solvi*. *Bulletin de la Société de législat. comp.*, 1880, t. IX, p. 183.

(317) Voyez, sur la condition légale des étrangers en Suède, un article de M. Daresté, avocat à la Cour de cassation ; *J. dr. int.*, 1880, p. 434 et suiv.

(318) Fœlix, t. 1^{er}, n° 131, p. 290. — Bonfils, n° 149, p. 129.

(319) Fœlix, t. 1^{er}, n° 131, p. 284. — Bonfils, n° 148, p. 127.

miné les législateurs de différentes nations à donner des solutions formelles sur cette matière. Nous avons déjà parlé de la loi française de 1857 et des lois belges de 1855 et 1873. En Autriche, la question a été réglée par l'ordonnance spéciale du 29 novembre 1865 (320). Le principe de cette ordonnance, comme celui de la loi de 1857, c'est que la société étrangère peut agir sur le territoire, à la condition de présenter certaines garanties plus ou moins analogues à celles exigées des sociétés du pays pour que leur existence légale soit reconnue. Comparons en quelques mots le système de l'ordonnance autrichienne et celui de la loi française; nous verrons qu'il existe entre ces deux législations des différences assez importantes, qui ne sont pas toujours à notre avantage.

Dans l'un comme dans l'autre pays, les sociétés étrangères dont il s'agit doivent obtenir une autorisation; mais, tandis que, d'après la loi de 1857, elle est générale, accordée à toutes les sociétés d'un pays, elle doit, au contraire, aux termes de l'ordonnance de 1865, être spéciale, comme celle qui est exigée pour les sociétés autrichiennes, et peut être donnée, soit pour toute la durée de la société, soit seulement pour un temps limité.

Cette autorisation, en Autriche, doit être demandée par toute société par actions, anonyme ou en commandite, peu importe qu'elle doive ou non être autorisée par la législation du pays étranger. En France, au contraire, nous avons vu que cette obligation n'est imposée qu'aux sociétés soumises à l'autorisation dans leur pays.

En France, le Gouvernement est libre d'exiger ou non pour les sociétés françaises sur le territoire étranger, les mêmes droits que ceux qui sont reconnus aux sociétés de ce pays; tandis que l'ordonnance autrichienne consacre le principe de la réciprocité,

(320) Une loi du 29 mars 1873 est venue étendre aux sociétés d'assurances, qui n'y avaient pas été comprises, les règles établies par l'ordonnance de 1865, *Annuaire de législat. étrang.*, 1874, t. III, p. 193 et suiv.

c'est-à-dire que les sociétés étrangères ne peuvent être admises en Autriche qu'autant que les sociétés autrichiennes le sont dans le pays étranger. Il faut d'ailleurs une nouvelle autorisation spéciale, toutes les fois que la société veut modifier la nature de ses opérations, ou établir en Autriche des succursales non encore autorisées.

En Autriche, la société étrangère doit constituer, pour les opérations qu'elle fait dans ce pays, un ou plusieurs représentants agréés par le Gouvernement autrichien et domiciliés dans le lieu du principal établissement de la société en Autriche. Ils sont soumis à certaines obligations de nature à permettre le contrôle de l'administration, et sont responsables des irrégularités qui pourraient induire les tiers en erreur et leur causer préjudice.

L'autorisation accordée par le Gouvernement autrichien peut, dans certains cas déterminés, cesser de produire ses effets de plein droit, ou être révoquée par l'administration.

Remarquons enfin qu'aux termes de l'ordonnance de 1865, les statuts des sociétés étrangères doivent être publiés en Autriche, comme ceux des sociétés nationales.

Tel est, dans ses grandes lignes, le système adopté par l'ordonnance autrichienne ; telles sont les principales différences qui le séparent de celui qui est suivi en France. Auquel de ces deux systèmes faut-il donner la préférence ? La nécessité de l'autorisation a été supprimée en France par la loi de 1867, ce qui peut justifier la différence entre la législation autrichienne et la législation française sur la nature de l'autorisation ; mais il en était autrement à l'époque où fut votée la loi de 1857, et aujourd'hui encore cette condition a été maintenue pour certaines sociétés (Loi, 24 juil. 1867, art. 66). Même en ce qui concerne ces dernières associations, comme pour toutes les sociétés anonymes avant 1867, nous préférons le système français, c'est-à-dire l'autorisation générale, au système autrichien, c'est-à-dire à l'autorisation spéciale. Le premier ne laisse pas sans protection les intérêts français, car il permet au Gouvernement d'examiner

si les conditions imposées aux sociétés dans leur pays sont telles que leurs opérations en France ne puissent présenter de dangers sérieux pour les nationaux. D'un autre côté, ce système à l'avantage d'être plus libéral. Ce serait rendre illusoire l'admission des sociétés étrangères en France que de se montrer trop rigoureux à leur égard, et de les soumettre à une surveillance qui leur sera souvent déjà imposée par le Gouvernement de leur pays.

Ces raisons nous conduisent également à ne pas donner la préférence au système autrichien, en ce qui concerne l'obligation imposée aux sociétés étrangères de nommer un ou plusieurs représentants, agréés par le Gouvernement du pays, car ce serait en quelque sorte revenir au système de l'autorisation spéciale.

Nous croyons, au contraire, qu'il serait préférable d'imposer, comme en Autriche, l'obligation de l'autorisation aux sociétés par actions, anonymes ou en commandite, sans distinction. Il résulte, en effet, de la loi de 1857 qu'une société en commandite par actions n'a pas besoin d'être autorisée en France, quand elle n'est pas assujettie à cette nécessité par la loi de son pays. Or, les sociétés en commandite par actions doivent, en France, réunir les conditions imposées par la loi de 1867, tandis que la même société étrangère pourra agir sans condition, alors même que la loi étrangère aurait admis à son égard un système de liberté absolue.

Nous pensons également qu'il y aurait lieu d'adopter l'ordonnance de 1865, en ce qui concerne la publicité à donner aux statuts de la société étrangère, pour éviter les difficultés que les tiers peuvent avoir à les connaître, et les contestations auxquelles peut donner lieu la question de savoir si, en réalité, ils en ont eu ou non connaissance (321).

(321) Sur la condition légale des sociétés étrangères par actions en France et en Autriche, voyez une dissertation de M. Lyon-Caen dans la *Revue de législation ancienne et moderne*, 1874, p. 335 et s. — Un nouveau projet

123. — Le Code de procédure civile d'Autriche (art. 406 à 408) impose l'obligation de fournir caution à tout demandeur, régnicole ou étranger, qui ne possède pas dans l'étendue de la province où le procès s'engage, une fortune suffisante pour répondre des frais de justice, à moins qu'il n'affirme sous serment qu'il se trouve hors d'état de la fournir (322).

Une convention du 14 mars 1879, conclue entre la France et l'Autriche, et promulguée par décret du 19 mars 1880, porte dans son article 3: « Les Autrichiens et Hongrois admis en France, et les Français admis en Autriche ou en Hongrie au bénéfice de l'assistance judiciaire, seront dispensés de plein droit de toute caution ou dépôt qui, sous quelque dénomination que ce soit, peut être exigé des étrangers plaidant contre les nationaux, par la législation du pays où l'action sera introduite » (323). On aurait pu se demander si cette convention suffisait pour dispenser de la caution le Français plaidant en Autriche, car, dans ce pays, l'Autrichien lui-même doit la fournir, et la jurisprudence admet qu'il n'en est pas dispensé quand il a obtenu l'assistance judiciaire. C'est pour éviter toute difficulté que fut faite la loi autrichienne du 23 juin 1878, qui supprime, pour le demandeur jouissant de l'exemption des droits de timbre et des frais de pro-

de loi sur les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes a été adopté déjà par la Chambre des députés et renvoyé par la Chambre des seigneurs à l'examen d'une commission spéciale; mais nous ne savons s'il a été adopté d'une manière définitive. *Annuaire de législ. étrang.*, 1876, t. V, p. 492. — Le changement de législation à l'égard des sociétés nationales, entraînera probablement des modifications à l'ordonnance de 1865, en ce qui concerne les sociétés étrangères. — Nous n'avons pas non plus sous les yeux le texte du nouveau Code de commerce hongrois de 1875, qui s'occupe, dans un chapitre spécial, des sociétés par actions étrangères. *Annuaire* cité, p. 539.

(322) Fœlix, t. 1^{er}, n° 131, p. 288. — Bonfils, n° 149, p. 129. — *Annuaire de législ. étrang.*, 1879, t. VIII, p. 223.

(323) *J. dr. int.*, 1880, p. 611.

cédure civile, l'obligation de fournir une garantie au défendeur pour les frais du procès, ou de jurer qu'il ne peut pas donner cette garantie (324).

Remarquons que le projet de Code de procédure ne soumet que le demandeur étranger à l'obligation de fournir caution, et en dispense les personnes qui ont obtenu l'assistance judiciaire (325).

124. — La jurisprudence allemande reconnaît aux sociétés anonymes étrangères le droit d'actionner des Allemands devant les tribunaux allemands. Elle admet que leur loi personnelle les suit en Allemagne, et que leur capacité doit être reconnue, lorsqu'elle l'a été par la loi de leur pays (326).

En ce qui concerne la caution *judicatum solvi*, nous trouvons des dispositions spéciales dans le nouveau Code de procédure civile, du 30 janvier 1877 (326 bis).

La deuxième section du livre 1^{er} de ce Code renferme un titre VI intitulé: *Du cautionnement*. D'après le premier article de ce titre (art. 101), le cautionnement destiné à servir de garantie à la procédure, doit être consigné en espèces ou en valeurs constituant, d'après l'estimation du juge, une sûreté suffisante, à moins que les parties n'en soient autrement convenues, ou que la loi n'abandonne à la prudence du tribunal de déterminer librement la caution à fournir. Lorsque le demandeur est étranger, il

(324) *Annuaire de législ. étrang.*, 1879, *loc. cit.*

(325) *Annuaire de législ. étrang.*, 1879, *eod. loc.*

(326) Trib. supérieur de com. de l'empire, 28 avril 1877; *J. dr. int.*, 1878, p. 629.

(326 bis) Le Code de procédure pour l'empire d'Allemagne fait partie d'un ensemble de lois votées à la même époque, et que l'on est convenu d'appeler: *Les nouvelles lois judiciaires*. Elles comprennent: 1^o la loi sur l'organisation judiciaire, du 27 janvier 1877; 2^o le Code de procédure civile, du 31 janvier 1877; 3^o le Code d'instruction criminelle, du 1^{er} février 1877, et une loi sur la faillite et la déconfiture, du 10 février 1877. *Notice générale* de M. Lederlin; *Annuaire de législ. étrang.*, 1878, t. VII, p. 83.

est tenu de fournir caution au défendeur, si celui-ci le requiert ; toutefois ce cautionnement n'est pas exigé : 1° lorsque, d'après les lois de l'Etat auquel appartient le demandeur, un Allemand, en pareil cas, n'est pas obligé de fournir caution ; 2° pour les demandes fondées sur des actes authentiques ou des effets de commerce ; 3° pour les demandes reconventionnelles ; 4° pour les demandes formées par suite d'une sommation publique ; 5° pour les demandes résultant de réclamations au sujet desquelles il existe une inscription dans le registre terrier, ou d'hypothèques d'une autorité allemande (art. 102) (327).

L'article 102 ne parle pas, comme l'article 16 de notre Code civil, des dommages-intérêts qui pourront résulter du procès ; mais il impose seulement au demandeur l'obligation de fournir un cautionnement pour le paiement des frais du procès. Remarquons encore que les exceptions réputées dilatoires, au nombre desquelles se trouve l'exception du défaut de garantie pour le paiement des frais, doivent être proposées conjointement et avant tous moyens au fond (art. 247).

D'après l'article 103, le défendeur peut encore demander cau-

(327) La disposition du n° 4 se réfère à une procédure spéciale, organisée dans le livre 9^e, qui est intitulé : *De la procédure par voie de sommation publique* (art. 823 à 850). Dans les cas prévus par la loi, il peut être fait une sommation publique judiciaire de produire des réclamations ou des droits, sous peine d'encourir un préjudice (art. 823). La demande est faite par écrit ou devant le greffier, et, si elle est admissible, la sommation publique émane du tribunal et contient la désignation du requérant, la sommation de produire les réclamations et droits, au plus tard au jour fixé pour le débat ; l'indication du préjudice qui sera encouru faute de production, et la fixation du jour du débat (art. 824). Elle est ensuite publiée au moyen d'une affiche apposée au tableau du tribunal, et d'une insertion dans le journal officiel de l'empire d'Allemagne (art. 825). Bien que la partie qui produit sa réclamation pour répondre à la sommation, se porte demanderesse, on peut considérer son rôle comme étant plutôt celui d'un défendeur, puisqu'elle n'agit qu'à la suite d'une provocation dont elle a été l'objet.

tion lorsque, dans le cours du procès, le demandeur perd la qualité d'Allemand, ou lorsque le motif pour lequel l'étranger était dispensé de fournir caution, a cessé d'exister et qu'une partie non contestée de la demande ne constitue pas une garantie suffisante.

Le montant du cautionnement est arbitré par le tribunal, qui doit prendre pour base de son estimation le montant des frais probables du défendeur, sans tenir compte de ceux qui pourraient être occasionnés à ce dernier par une demande reconventionnelle. Si, dans le cours du procès, le cautionnement est reconnu insuffisant, le défendeur peut demander qu'il lui soit fourni une caution complémentaire, à moins qu'une partie non contestée de la demande ne constitue une garantie suffisante (art. 104).

Le jugement qui ordonne de fournir caution, fixe en même temps un délai au demandeur. Après l'expiration de ce délai, si le cautionnement n'est pas fourni avant le jugement, la demande est, sur les conclusions du défendeur, déclarée abandonnée, ou le pourvoi rejeté, si c'est un pourvoi qui est à juger (art. 105).

L'étranger n'est admis à réclamer l'assistance judiciaire qu'autant qu'il y a une garantie de réciprocité (art. 106). Mais ce bénéfice, lorsqu'il a été accordé, a pour effet de dispenser la partie qui l'a obtenu, de l'obligation de fournir caution pour les frais du procès (art. 107, § 2) (328).

125. — En Suisse, la matière doit être réglée par la législation des différents cantons. Signalons notamment la loi de procédure

(328) Sur les règles relatives à la caution, autrefois admises dans les différents Etats de la Confédération germanique, V. Fœlix, t. Ier, p. 286 et suiv. Dans le Wurtemberg notamment, une loi du 28 juin 1876 (art. 2), modifiant l'article 156 du Code de procédure civile du 3 avril 1868, disposait que les étrangers et les Wurtembergeois ou citoyens allemands demeurant hors de l'empire seraient tenus, en qualité de demandeurs ou intervenants du côté du demandeur, de fournir une caution pour garantir au défendeur le paiement des frais; *Annuaire de législ. étrang.*, 1877, t. VI, p. 313.

du canton de Neuchâtel, du 17 mai 1876, qui impose l'obligation de la caution, en toutes matières, à la partie non domiciliée dans le canton (329).

De même encore, d'après le Code de procédure civile de Genève (art. 67, 68), le demandeur étranger, non domicilié (330) dans le canton, devra donner caution ou consigner une somme provisoirement arbitrée par le tribunal. Il est dispensé de cette obligation s'il fait partie d'un Etat dans lequel on ne l'exige pas du Genèveois, ou s'il possède dans le canton des biens suffisants pour assurer le paiement des dépens et dommages-intérêts (331).

126. — D'après l'article 153 du Code de procédure civile du Pérou, l'étranger, quand il est de passage au Pérou, c'est-à-dire non domicilié, ou qu'il n'a pas de biens connus, peut être contraint de donner caution des résultats du procès où il figure comme demandeur. Cette caution est donnée pour les frais et dommages-intérêts, et peut être exigée par le Péruvien ou par l'étranger domicilié. Elle porte le nom de : caution *de resultados* (332).

127. — Au Brésil, d'après une loi du 21 août 1860 qui réglemente l'autorisation et le contrôle des sociétés anonymes, les sociétés étrangères de cette espèce ne peuvent, sans une autorisation individuelle, fonctionner au Brésil. Si la société anonyme commerciale, industrielle ou financière, a été déjà autorisée par un Gouvernement étranger, on doit se borner à refuser ou à accorder l'autorisation sans modifier les statuts ; mais on peut exiger un fonds de garantie des succursales qui s'établissent dans

(329) *Annuaire de législ. étrang.*, 1878, t. VII, p. 632.

(330) Ce même Code ne considère comme étranger domicilié dans le canton, que celui qui a demandé et obtenu la permission d'y fixer son domicile.

(331) Foelix, t. I^{er}, n° 131, p. 285. — Bonfils, n° 148, p. 128.

(332) Pradier-Fodéré; *J. dr. int.*, 1878, p. 584.

l'empire (333). D'après un nouveau projet sur les sociétés anonymes, la nécessité de l'autorisation est supprimée et remplacée par un système de réglementation, à l'imitation de plusieurs lois récentes, votées dans d'autres pays. Toutefois, malgré la suppression de cette formalité, le ministre de la justice a maintenu, dans son discours devant les Chambres, la nécessité de n'admettre les sociétés étrangères dans l'empire qu'après l'autorisation préalable du Gouvernement, conformément à la loi de 1860 (334).

Au Brésil, la caution *judicatum solvi* n'a pas le caractère exceptionnel et de faveur que lui attribuent d'autres législations, et notamment la législation française. Ce n'est plus un privilège de nationalité, qui ne peut être réclamé que par le national et l'étranger admis à la jouissance des droits civils ; c'est une simple garantie accordée au défendeur, quelle que soit sa nationalité. Par rapport au demandeur, c'est également une institution de procédure qui est applicable au demandeur indigène, comme à celui qui est étranger. Cette caution, abolie en 1832, fut rétablie par la loi du 10 juillet 1850, mais seulement pour le demandeur qui résiderait hors de l'empire, ou qui s'en absenterait pendant le litige, et cette loi fut adoptée, même pour les affaires de commerce, par le règlement du 25 novembre 1850, qui forme le Code de procédure commerciale.

La caution est donc exigée en matière civile ou à fins civiles et en matière commerciale. Elle ne comprend d'ailleurs que les frais de procédure, et peut être exigée par le défendeur en tout état de cause et même en appel. Le demandeur est tenu de la fournir, alors même qu'il posséderait des biens. Il a toutefois été jugé qu'il est dispensé de cette obligation, quand il possède des

(333) *Annuaire de législ. étrang.*, 1878, t. VII, p. 854.

(334) Ce projet a été adopté par la Chambre des députés et envoyé au Sénat dans la session parlementaire de 1878-1879; *Annuaire de législ. étrang.*, 1880, t. IX, p. 918.

immeubles dans le pays (335). D'autres exceptions sont également apportées, notamment lorsque le demandeur poursuit l'exécution d'un titre paré, ou lorsqu'il s'agit d'un indigent qui justifie de l'impossibilité de la fournir. Il a été jugé, au contraire, que le demandeur étranger est tenu de donner cette garantie, dès qu'il réside hors de l'empire, alors même qu'il aurait un établissement commercial au Brésil (336).

128. — Aux Etats-Unis, le demandeur, s'il n'est pas domicilié dans l'Etat, doit, à la requête de l'assigné, fournir la caution *judicatum solvi*. Cette exigence n'indique d'ailleurs aucune prévention contre l'étranger: le citoyen lui-même est tenu de la fournir s'il n'est pas domicilié dans l'Etat (337).

Le Congrès des juristes américains a approuvé les propositions suivantes, relatives à la caution: Les étrangers non domiciliés dans la république qui introduisent une demande contre les naturels, ou contre des étrangers naturalisés ou domiciliés, donneront une caution pour les dépens, dommages et préjudices auxquels ils pourraient être condamnés, si le défendeur l'exige avant de répondre à la demande. Cependant on n'exigera pas cette caution dans les cas qui suivent: 1° si l'étranger appuie sa demande sur un titre faisant foi; 2° s'il possède dans la république des biens suffisants; 3° si la partie liquide et reconnue de la créance dont le paiement est demandé, suffit pour répondre des conséquences de la demande; 4° s'il s'agit de matières commerciales; 5° si l'étranger a été forcé judiciairement à former sa demande (338).

(335) Cour d'appel de Rio, 20 déc. 1876; *J. dr. int.*, 1880, p. 519, n. 1.

(336) Cour d'appel de Rio, 21 oct. 1879; *J. dr. int.*, 1880, p. 515.— Pour plus de développements, voyez la *Revue de jurisprudence brésilienne*, par M. le baron d'Ouren; *J. dr. int.*, 1880, p. 515 et suiv.

(337) V. une dissertation de MM. Coudert, frères, avocats à New-York, sur l'exécution des jugements étrangers aux Etats-Unis; *J. dr. int.*, 1879, p. 27.

(338) *Bulletin de la Société de législat. comp.*, 1877-1878, t. VII, p. 532.

CHAPITRE II.

De l'étranger défendeur contre un Français.

SECTION I.

Historique et fondement de l'article 14.

129. — Des développements qui précèdent il résulte que les tribunaux français, dans la plupart des cas, seront appelés à statuer sur les contestations dans lesquelles le Français jouera le rôle de défendeur. La règle écrite dans l'article 15 du Code civil, en tant qu'elle ne fait que consacrer le principe : *Actor sequitur*. aurait dû être admise, même en l'absence d'un texte formel, car il était bien naturel de ne pas soustraire le Français défendeur à la juridiction des magistrats français, et, d'autre part, un Etat chez lequel règne la civilisation chrétienne, ne saurait repousser du sanctuaire de la justice l'étranger qui poursuit contre un de ses sujets l'exécution de ses obligations.

Dans le cas où le Français est demandeur, l'article 14 apporte une exception à ce principe, qui est comme la base des règles de compétence, en lui permettant de citer son adversaire étranger devant les tribunaux français. Il est ainsi conçu : « L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées en pays étrangers envers des Français. »

Ce qui frappe, avant tout, à la simple lecture de cet article,

c'est la manière vraiment peu satisfaisante dont il a été rédigé. Il est, en effet, divisé en deux parties qui auraient pu être réunies dans un seul membre de phrase, et, d'un autre côté, on a maintenu sans raison la double expression : *étranger cité et étranger traduit devant les tribunaux de France*. Pour se rendre compte de cette bizarrerie de rédaction, il suffit de rapprocher de la disposition de l'article 14 actuel, celle qui avait d'abord été proposée. Le projet faisait, en effet, une distinction, selon que la dette avait été contractée en France ou à l'étranger : si elle avait été contractée en France, l'étranger pouvait toujours être cité devant les tribunaux français ; si, au contraire, elle avait pris naissance à l'étranger, il ne pouvait être poursuivi devant nos tribunaux qu'autant qu'il se trouvait en France (339). Dans la rédaction définitive on supprima ces mots : *s'il est trouvé en France*. Par suite de cette suppression, il aurait fallu ne pas laisser subsister l'une à côté de l'autre les deux expressions : *cité et traduit*, qui avaient désormais la même signification, et les deux parties de l'article 14 auraient dû être réunies en une seule, puisqu'il n'existait plus aucune différence entre elles. Quoi qu'il en soit, aucun doute ne peut s'élever, en présence de ce changement de rédaction ; et de cette suppression il résulte clairement que l'étranger peut être cité devant les tribunaux français, alors même qu'il ne se trouverait pas en France, et que l'obligation aurait été contractée à l'étranger.

Cependant, dès les premières années qui suivirent la promulgation du Code, on a voulu faire revivre cette distinction entre les deux membres de phrase qui composent l'article 14, et soutenir que le mot : *traduit*, offrait l'idée d'une citation forcée et supposait la possibilité d'une contrainte sur la personne même de l'étranger, qui ne devait, dès lors, être soumis à la juridiction de nos tribunaux qu'autant qu'il se trouvait en France. Il

(339) V. les *Conclusions* de M. Daniels, substitut du procureur général, devant la Cour de cassation; C. n., 2, 1, 579.

nous semble que cette opinion était peu soutenable, en présence du changement de rédaction du projet primitif, qui explique suffisamment la rédaction actuelle de cet article. Aussi la Cour de cassation l'a-t-elle formellement condamnée, dans ses arrêts du 7 septembre 1808 et du 1^{er} juillet 1829 (340).

130. — La règle posée par l'article 14 n'existait pas dans notre ancien droit. Plusieurs actes législatifs, émanés des rois de France, avaient toutefois adopté pour les matières commerciales, en l'étendant dans son application, le principe admis par plusieurs lois romaines, qui donnaient compétence aux juges du lieu où le contrat avait été passé, ou dans lequel le paiement devait être effectué (341). Ces règles de compétence avaient, en effet, été confirmées par l'édit de François I^{er}, du 1^{er} février 1535, qui donnait compétence au conservateur des foires de Lyon, pour statuer sur les contestations relatives aux dettes faites pour raison de marchandises, ou autres faits de foire (342). Dans un long préambule, cet édit constate que souvent des marchands, qui avaient acheté une grande quantité de marchandises et promis de payer à une autre foire, contrevenaient à leur engagement et cessaient de paraître pour ne pas être contraints de le remplir, ou bien demandaient leur renvoi devant leurs juges ordinaires, quand ils étaient ajournés devant le conservateur, de telle sorte que le créancier était obligé d'aller poursuivre chaque débiteur devant le juge du lieu où il s'était établi. C'est ce qui était décidé également dans la déclaration de Charles IX, du 20 avril 1565, qui donnait compétence aux juges et consuls des marchands de Paris, « quant à la marchandise vendue ou achetée, ou promise livrer, et paiement pour icelle destiné à faire dans ladite ville par les marchands en gros ou en détail, tant habitant ladite ville qu'autres juridictions et ressorts du royaume » (343).

(340) C. n., 2, 1, 579. — 9, 1, 321.

(341) L. 19, *De judiciis*, liv. 5, t. I^{er}.

(342) *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XII, p. 496.

(343) *Recueil* cité, t. XIV, p. 181.

Ces règles ont encore été consacrées par l'article 17 du titre XII de l'ordonnance du commerce, de mars 1673, ainsi conçu : « Dans les matières attribuées aux juges et consuls, le créancier pourra faire donner l'assignation, à son choix, ou au lieu du domicile du débiteur, ou au lieu auquel la promesse a été faite et la marchandise fournie, ou au lieu auquel le paiement doit être fait. » Telle est encore aujourd'hui la disposition de l'article 420, C. pr., pour les contestations relatives au commerce.

Ces anciens textes législatifs étaient d'ailleurs appliqués aux étrangers, aussi bien qu'aux nationaux, et il en résultait qu'en matière commerciale un étranger, bien que non domicilié ou résidant en France, pouvait, comme aujourd'hui, être cité par un Français devant nos tribunaux. Toutefois, cette règle n'existait qu'en matière commerciale, et Bacquet constate que l'on suivait en France la maxime : *In actione personali, actor sequitur forum rei*. Il cite plusieurs arrêts qui l'avaient jugé ainsi (344). Boullenois atteste également que l'on n'admettait pas, pour règle ordinaire, l'endroit où le contrat avait été fait, ou dans lequel le paiement devait être effectué, comme des lieux de juridiction (345).

130 *bis*. — Avant d'entrer dans l'examen détaillé des différentes règles relatives à l'article 14, nous devons nous demander quels sont les motifs qui ont inspiré les rédacteurs de cette disposition, et rechercher si cette dérogation aux règles générales de la compétence répond à de véritables nécessités pratiques, si elle est réellement favorable à nos concitoyens, si enfin elle est conforme aux principes qui doivent présider aux rapports des Etats entre eux.

Nous admettrions volontiers la règle édictée par l'article 14, si elle était limitée au cas où l'étranger a contracté en France avec un Français. On pourrait dire qu'en venant s'engager sur le

(344) *Traité des droits de justice*, chap. VIII, n° 9.

(345) *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. I^{er}, p. 607.

sol français, le débiteur a tacitement accepté la juridiction de nos tribunaux. On pourrait surtout ajouter que la souveraineté de la France s'étendant sur toutes les parties du territoire, on comprend que les difficultés, nées de contrats passés sur ce territoire, rentrent dans la compétence du pouvoir judiciaire qui est une émanation de cette souveraineté. Toutefois, même dans cette hypothèse, et en admettant que l'article 14 attribue compétence au tribunal du lieu où le contrat a été passé, peut-être pourrait-on encore reprocher au législateur d'avoir fait, à l'égard des étrangers, application d'une règle qu'il n'a consacrée, vis-à-vis des nationaux, que pour les contestations relatives au commerce.

Quant à la seconde partie de l'article 14, qui soumet l'étranger à la juridiction de nos tribunaux, même pour les obligations contractées à l'étranger, elle aurait pu être, sinon justifiée, du moins atténuée par des considérations pratiques d'une certaine valeur, si l'on avait maintenu la condition du projet primitif, exigeant que l'étranger fût trouvé en France. C'était, en effet, une économie de temps et d'argent; on évitait ainsi aux deux parties un dérangement fort coûteux et des frais considérables, et, d'autre part, l'étranger se trouvant sur notre territoire où il possède des biens, il était plus simple de saisir directement de l'affaire le juge français, que d'aller d'abord plaider à l'étranger, pour revenir ensuite devant les tribunaux français, dans le but de faire rendre exécutoire le jugement étranger.

C'est maintenant que nous pouvons nous demander quels sont les motifs qui ont porté notre législateur à soumettre ainsi, d'une manière générale, l'étranger à la juridiction de nos tribunaux, alors même que l'obligation a été contractée dans son pays, et bien qu'il y ait conservé à la fois son domicile et sa résidence. Nous ne pouvons plus ici trouver le fondement de cette compétence dans l'idée de la souveraineté française, puisque le fait générateur de l'obligation s'est produit hors de notre territoire, et que le contrat a été passé par un étranger domicilié et

résidant hors de France. On ne saurait non plus prétendre que l'étranger, par cela seul qu'il s'est obligé envers un Français, a accepté la juridiction de nos tribunaux. Cette présomption, inapplicable toutes les fois que l'étranger se trouve obligé en dehors d'un fait personnel, serait, dans la plupart des cas, contraire à la réalité. L'étranger qui s'oblige envers un Français dans son pays, ne renonce pas plus à la juridiction de ses juges naturels, que le Français qui s'oblige en France envers un étranger. Pourquoi, alors que le rapport de droit n'a pas eu la France pour théâtre, présumer une renonciation de la part de l'étranger, plutôt que de la part du Français? Celui-ci ne pourrait-il pas, au contraire, à plus juste titre, être réputé avoir accepté la juridiction des tribunaux de l'Etat, sur le territoire duquel il est venu contracter? Remarquons enfin que cette présomption devient tout-à-fait impossible, lorsque c'est le fait générateur de l'obligation lui-même qui est contesté. La présomption est alors sapée par sa base, et l'on ne saurait fonder la compétence du tribunal saisi, sur le fait d'une obligation dont l'existence est l'objet du débat. La rigueur de cette disposition n'est même pas atténuée ici par cette considération que l'étranger résiderait en France.

Quels sont donc, nous le répétons, les motifs qui ont inspiré les rédacteurs de l'article 14? Le législateur a peut-être pensé que le jugement étranger n'étant pas de plein droit exécutoire en France, ce serait contraindre le Français à engager deux instances successives, que de lui refuser le droit de saisir directement le tribunal français.

Cette considération pratique, qui pourrait, nous l'avons dit nous-mêmes, atténuer jusqu'à un certain point la rigueur de l'article 14, alors que l'étranger se trouve en France, nous paraît insuffisante pour justifier, d'une manière générale, l'application de cet article, et le droit reconnu au Français de soustraire l'étranger à ses juges naturels.

Une autre raison a été donnée par M. Boulay (de la Meurthe), dans le premier exposé des motifs, présenté au Corps Législatif,

le 11 frimaire an X (346). D'après lui, on a voulu simplement établir une juste réciprocité entre l'étranger et le Français : de même que l'étranger peut poursuivre devant nos tribunaux le Français qui s'est obligé envers lui à l'étranger, de même aussi le Français peut citer en France l'étranger qui s'est obligé envers lui, même à l'étranger. On ne peut, dit M. Boulay, porter plus loin l'esprit de justice et d'impartialité.

Cette réciprocité est purement apparente. L'article 15 n'est, en effet, en général, que la consécration du principe : *Actor sequitur forum rei*. L'article 14, au contraire, est un véritable privilège pour le Français. L'article 15 laisse le Français sous la juridiction des juges de son pays ; l'article 14 lui permet de soustraire l'étranger à la juridiction de son juge naturel. Il n'y a donc aucune assimilation à établir entre ces deux dispositions, et, quoi qu'en ait dit M. Boulay, on aurait pu porter beaucoup plus loin *l'esprit de justice et d'impartialité*.

Cet orateur laissait bien mieux apparaître la véritable pensée qui a dû donner naissance à l'article 14, lorsqu'il disait, à propos de ce texte : « Tout cela est à l'avantage du Français. » Assurément tout cela est à l'avantage du Français, ou, du moins, c'est dans cette pensée qu'il faut, croyons-nous, rechercher le véritable motif de cette disposition exorbitante. Protéger les nationaux, voilà le véritable but de l'article 14. En consacrant cette règle, le législateur a évité aux Français les frais et la perte de temps que lui aurait occasionnés la nécessité de soutenir un procès à l'étranger. Il a voulu le soustraire aux difficultés qu'il aurait pu rencontrer pour obtenir justice à l'étranger ; il n'a pas eu pleine confiance dans l'impartialité des juges étrangers. Nous sommes fiers, à juste titre, de l'indépendance de notre magistrature française, et c'est à raison qu'on la jugée assez impartiale pour statuer sur les contestations dans lesquelles l'étranger joue le rôle de demandeur ; mais il est bien

probable que les étrangers, de leur côté, ont la même confiance dans la justice de leur pays, et la regardent comme assez impartiale pour prononcer sur la demande qui serait intentée par un Français.

Reconnaissons toutefois qu'à l'époque où fut rédigé le Code, ses rédacteurs avaient peut-être une excuse, en ce qu'ils pouvaient craindre que l'appréciation des magistrats étrangers ne fût pas aussi dégagée de toute préoccupation politique, que semblerait le commander la droiture de leur conscience. Mais, nous le répétons, ce n'était là qu'une excuse et non la justification d'une règle aussi exorbitante, et nous doutons que le législateur ait jamais l'occasion de se repentir, s'il venait à supprimer cet article 14, qui ne saurait se justifier par la protection de nos concitoyens, qui ne trouve de fondement dans aucune raison juridique, et n'a d'autre résultat que de froisser les susceptibilités nationales.

Remarquons enfin que cette disposition, créée dans le but de protéger les nationaux, est loin de remplir toujours ce but, et que ces sentiments de défiance envers la justice étrangère et ses organes, ont provoqué des mesures de rétorsion qui ne peuvent que leur être défavorables. C'est ainsi que l'on a beaucoup agité, en Italie, la question de savoir si un Italien pouvait actionner devant les tribunaux de son pays un citoyen français, non résidant en Italie, pour des obligations par lui contractées en France. La raison de douter vient de ce que le législateur italien ne reconnaît pas de compétence exceptionnelle, comme celle qui est établie en France par notre article 14. Nous verrons dans quels cas l'étranger est justiciable des tribunaux italiens; contentons-nous ici de citer une partie de l'article 105 du Code de procédure de ce pays, ainsi conçu :

« L'étranger qui n'a pas de résidence dans le royaume, peut être assigné devant les autorités judiciaires du royaume, bien qu'il ne s'y trouve pas... 3° Dans tous les autres cas où cela peut se faire par réciprocité. »

En l'absence de traités internationaux, cette réciprocité ne peut résulter que d'une pratique continuellement observée. Cette réciprocité a, en effet, été admise par la Cour de Florence, dans des arrêts du 18 mars 1868 et du 7 avril 1869, et par la Cour de Turin, dans un arrêt du 19 janvier 1869 (346 *bis*). Cette même Cour, changeant ensuite de jurisprudence, rejeta la compétence exceptionnelle du tribunal italien, par des arrêts du 31 mars et du 6 mai 1871 (347). Dans l'arrêt du 31 mars, elle fait notamment observer que reconnaître cette compétence serait un acte de représailles, bien plus que l'usage d'un droit de réciprocité. Mais cet arrêt fut cassé, le 22 août 1873, par la Cour de cassation de Turin. La Cour déclare que la disposition exorbitante de notre article 14 doit faire cesser l'application des règles ordinaires de la compétence et « qu'il en résulte, sinon *jure reciprocitatis*, du moins certainement *jure retorsionis*, que le citoyen italien est autorisé, en équité, à vouloir que le Français soit traité comme il l'est lui-même en France, selon ce principe : *Quod quisque juris in alterum statuerit, et ipse eodem jure utatur* » (348).

Cette disposition exceptionnelle de l'article 14 entraîne encore cette autre conséquence, que la jurisprudence italienne se reconnaît le droit de refuser la force exécutoire aux jugements français, lorsque nos tribunaux, aux termes de cet article, ont fait acte de juridiction extraordinaire, constituant un privilège pour le citoyen français au détriment du sujet italien. Le jugement ne peut donc être utile au Français qu'autant que l'étranger possède en France des biens, sur lesquels puisse être exécutée la condamnation (349).

Il est donc à désirer que des modifications soient apportées sur

(346 *bis*) *J. dr. int.*, 1874, p. 176.

(347) *J. dr. int.*, 1874, p. 177.

(348) *J. dr. int.*, *loc. cit.*

(349) Voyez notamment un arrêt de la Cour d'appel de Brescia, du 14 sept. 1875; *J. dr. int.*, 1879, p. 211.

ce point à notre législation, et il ne faut pas désespérer de voir ce désir se réaliser, à mesure que s'étendront les relations internationales ; que les législateurs, comme les peuples, se pénétreront de plus en plus de la loi de solidarité qui unit tous les hommes entre eux : loi naturelle, elle ne permet pas que le bien de l'un ne puisse exister qu'au détriment de l'autre ; elle fait, au contraire, profiter toutes les nations des progrès accomplis par chacune d'elles (350).

Quoi qu'il en soit, en attendant que cette réforme, que nous appelons de tous nos vœux, ait pris place dans les Codes français, nous devons nous incliner devant la loi, telle qu'elle existe, et étudier dans ses détails l'exception apportée par l'article 14 à la règle : *Actor sequitur forum rei*.

SECTION II

Qui peut invoquer l'article 14 ?

131. — Le bénéfice de l'article 14 peut être invoqué par tout Français, et par ceux qui doivent être assimilés aux Français : tel est le principe général. C'est ainsi, par exemple, qu'une femme pourra s'adresser au tribunal français pour faire prononcer la séparation de corps contre son mari, alors même que celui-ci se serait fait naturaliser en pays étranger. Cet acte, accompli en dehors de tout consentement de la femme, ne saurait, en effet, la dépouiller de la qualité de française ; car l'article 19, C. civ., applicable au cas où le mari est étranger à la date de la célébration du mariage, ne l'est pas, à notre avis, dans l'hypothèse où, postérieurement à cette époque, il a seul abdiqué la qualité de Français (351).

(350) Bonfils, n° 47.

(351) Chambéry, 27 août 1877 ; S., 78, 2, 15.

Le bénéfice de l'article 14 peut être invoqué par tout Français, peu importe d'ailleurs de quelle manière il ait acquis cette qualité. Il appartient donc, non-seulement au Français d'origine, mais encore à celui qui l'est devenu en vertu du bienfait de la loi ou par l'effet de la naturalisation (352), ou bien encore par suite de l'annexion d'un pays étranger à la France, ou de l'union contractée avec un Français (art. 12, C. civ.)

131 *bis*. — Il peut incontestablement citer son adversaire en France pour l'exécution des obligations dont la naissance est postérieure à l'événement qui lui a fait acquérir la qualité de Français, c'est-à-dire, dans l'hypothèse où il possédait cette qualité, tant au jour de la formation du lien de droit, qu'au jour où il intente l'action. Mais il se peut que l'obligation ait été contractée envers lui, alors qu'il était encore étranger; pourra-t-il encore invoquer le bénéfice de l'article 14, lorsqu'il est devenu Français au jour de la poursuite; par exemple, lorsqu'il s'est fait naturaliser avant cette époque?

L'article 14, en parlant d'obligations contractées avec ou envers un Français, suppose que le créancier possédait déjà la qualité de Français au moment de la formation de l'obligation. Il prévoit donc seulement le cas où la dette a pris naissance directement au profit d'un Français, et, à raison de son caractère exceptionnel, cette disposition ne saurait être étendue au-delà des termes mêmes dans lesquels elle a été rédigée.

On nous objecte, il est vrai, que le débiteur étranger n'avait pas un droit acquis à être jugé par les tribunaux de son pays, que les formes de procédure, les règles de compétence, se déterminent d'après la loi du temps où la demande est formée. Cette

(352) Art. 9, 10, § 2, C. civ. — Loi, 9-15 déc. 1790, art. 22. — Loi, 22 mars 1849. — Loi, 13-21 nov., 3-11 déc. 1849, modifiée par celle du 29 juin 1867. — Loi, 22-29 janv., 7-12 fév. 1851. — Sntc., 14 juil. 1865. — Loi, 16-29 déc. 1874, art. 1^{er}. — V. aussi décret, 12-16 sept. 1870. — 26-29 oct. 1870. — Loi, 29 mai-10 juin 1874.

argumentation nous paraît loin d'être concluante, car il y a là une confusion d'idées. L'article 14 ne constitue pas, en effet, une simple loi de procédure, mais une question de juridiction internationale. D'un autre côté, si ce débiteur n'a pas un droit acquis à la juridiction de tel ou tel tribunal, si une nouvelle loi sur la compétence peut venir modifier celle qui était en vigueur au jour de la formation de l'obligation, ce principe, du moins, suppose un changement de législation et ne peut trouver son application dans l'hypothèse où il ne s'agit que d'un changement dans la condition du créancier. Si le débiteur est, quant à la compétence, à la discrétion du législateur, il ne s'ensuit pas que sa condition puisse être rendue plus mauvaise par un simple changement de nationalité survenu chez son créancier, et que celui-ci, par un acte volontaire, puisse le soustraire à la juridiction de ses juges naturels. Il s'opère, sans doute, dans l'état du créancier, une modification qui doit produire ses effets, et c'est pourquoi nous avons admis nous-mêmes que l'étranger naturalisé Français, pouvait, comme le Français d'origine, être cité en France par l'étranger avec lequel il a contracté avant sa naturalisation. Il doit, en effet, supporter toutes les conséquences de cette naturalisation qui est de son propre fait ; mais il ne s'ensuit pas qu'il puisse faire supporter les conséquences de ce même fait par d'autres qui n'y ont pris aucune part (353).

(353) Massé, t. 1^{er}, n° 682 *bis*. — Bertauld, *Questions pratiques*, t. 1^{er}, n° 169 et 170. — Aubry et Rau, § 748 *bis*, n. 4. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 1^{er}, § 62, n. 7. — Paris, 5 juin 1829 ; C. n., 9, 2, 280. — 4 janv. 1847, sur cassat., S., 48, 1, 535. — 11 déc. 1847 ; S., 48, 2, 49. — *Contrà* : Foelix et Demangeat, t. 1^{er}, n° 176. — Bonfils, n° 63. — Zachariæ, *loc. cit.* — Aix, 24 juil. 1826 ; C. n., 8, 2, 265. — Paris, 7 mai 1861, confirmé par civ. rej., 9 mars 1863 ; S., 63, 1, 225. — Paris, 20 fév. 1864, sur cassat., S., 66, 1, 157. Ce dernier arrêt de la Cour suprême, sans se prononcer sur la question, déclare recevable la demande d'aliments, par la raison qu'elle ne repose pas seulement sur le fait de la filiation, mais encore sur le besoin d'aliments qui ne s'était manifesté qu'à une époque où le demandeur était déjà français.

A plus forte raison faut-il décider que la naturalisation obtenue par l'étranger demandeur depuis l'introduction de l'instance, ne saurait avoir pour effet de rendre le tribunal français compétent, en vertu de l'article 14 (354).

La doctrine admise par M. Fœlix sur la question que nous venons de traiter, nous paraît peu compatible avec celle qu'il admet au n° 173, où il refuse au Français, cessionnaire d'un étranger, le droit d'invoquer le bénéfice de l'article 14, reconnaissant lui-même qu'une disposition extraordinaire et sortant du droit des gens, comme l'est celle de l'article 14, doit être restreinte dans ses termes et ne saurait recevoir une interprétation extensive. Le même reproche peut d'ailleurs être adressé à la jurisprudence, qui partage également l'opinion de M. Fœlix sur le droit du Français cessionnaire d'un étranger, et qui a cependant consacré une doctrine contraire à la nôtre, dans les arrêts ci-dessus indiqués.

Remarquons enfin que, dans l'arrêt du 11 décembre 1847 que nous avons cité comme étant en notre faveur, la Cour de Paris a sans doute déclaré compétent le tribunal français, mais en se fondant sur la situation particulière de la demanderesse. La Cour pose, en effet, en principe, que la femme devenue française par son mariage avec un Français, ne peut citer son débiteur étranger devant les tribunaux français pour une obligation antérieure au mariage. Mais elle déclare néanmoins le tribunal compétent, parce que la demanderesse pouvait user et avait usé du bénéfice de l'article 9, C. civ., et que la réclamation de la qualité de Français, faite en vertu de cette disposition, remontait au jour de la naissance. Nous n'avons pas à entrer dans l'examen de cette question de rétroactivité qui divise d'ailleurs les auteurs (355), et sur laquelle la jurisprudence s'est plusieurs fois prononcée dans le sens de la Cour de Paris (356).

(354) Rouen, 29 fév. 1840 ; S., 40, 2, 256.

(355) V. Aubry et Rau, t. I^{er}, § 70, n. 10, et les auteurs qu'ils citent.

(356) V. notamment, civ. cass., 19 juil. 1848 ; S., 48, 1, 529. — Trib. civ.

132. — Le Français jouit du droit que lui donne l'article 14, alors même qu'il aurait formé un établissement en pays étranger, et qu'il y résiderait encore à l'époque de la demande. Cette opinion a cependant été condamnée par deux arrêts de la Cour de Paris (357). Quatre motifs semblent avoir déterminé la Cour, dans le dernier de ces arrêts : 1° L'article 14, en accordant au Français le droit d'appeler l'étranger devant les tribunaux de France, suppose que le Français a son domicile dans son pays, domicile qui doit déterminer le tribunal compétent, sans quoi il faudrait reconnaître au demandeur le privilège exorbitant de choisir lui-même son juge. — 2° Les motifs qui ont déterminé les rédacteurs de cet article, n'existent plus dans l'hypothèse qui nous occupe, car le législateur a voulu éviter précisément au Français les difficultés pour lui de quitter son domicile, et les frais d'un long voyage pour aller poursuivre au loin son débiteur. — 3° Il ne peut d'ailleurs se plaindre d'être obligé de se soumettre à la juridiction d'un pays, sous les lois duquel il est venu se placer lui-même. — 4° Ce serait enfin tromper les étrangers, qui n'ont pas dû penser qu'ils s'exposaient à être traduits devant les tribunaux français, alors qu'ils traitaient avec des individus établis dans leur pays.

Ces différents motifs nous semblent peu concluants, et ne sauraient faire triompher la doctrine consacrée par la Cour de Paris. Nous élèverons en son lieu la question de savoir devant quel tribunal de France le créancier doit poursuivre l'étranger ; qu'il nous suffise de dire ici que le premier motif donné par la Cour est tout-à-fait insuffisant, car on est loin d'être d'accord sur cette question, et, d'après une opinion admise par plusieurs jurisconsultes et consacrée par des arrêts, le Français demandeur

Seine, 23 avril 1850 ; S., 50, 2, 465. — Paris, 18 mars 1868 ; S., 69, 2, 178. — *Contrà* : Arrêt de la chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Gand, 27 fév. 1874 ; *Rev. dr. int.*, 1876, t. VIII, p. 486.

(357) 28 fév. 1814 ; C. n., 4. 2, 381. — 20 mars 1834 ; S., 34, 2, 159.

ne serait pas tenu d'assigner l'étranger devant le tribunal de son domicile. Mais, alors même que l'on donnerait une autre solution, il n'en résulterait nullement qu'à défaut de domicile en France, le Français perdrait le bénéfice d'être jugé par les tribunaux de son pays, et que la compétence générale de ces tribunaux cesserait d'exister à son égard. Il en résulterait seulement que le domicile ne pourrait plus servir à déterminer la compétence spéciale de ces juridictions, et qu'il faudrait, pour cela, recourir à d'autres règles que nous aurons à examiner en traitant cette question.

Mais, dit-on, les motifs qui ont fait adopter la disposition de l'article 14, n'existent plus ici. — Sans doute, il a pu être dans la pensée des auteurs de cette disposition, d'éviter aux nationaux les frais d'un long voyage et les inconvénients d'aller plaider dans un pays peut-être très-éloigné; mais il reste toujours la défiance de nos législateurs envers les juges étrangers, et c'est là, sinon le seul, du moins le principal motif du privilège par eux concédé au Français.

Reste l'argument tiré de la commune intention des parties, et fondé sur ce que le Français a renoncé à l'article 14, en se plaçant sous l'empire des lois étrangères, et sur ce que l'étranger n'a pu s'attendre à être cité devant les tribunaux de France. Il est vrai que l'intention du Français a pu être d'en revenir au droit commun, et nous verrons bientôt, en effet, que l'article 14 n'est pas une disposition d'ordre public et que l'on peut y renoncer à son gré. Mais il s'agit précisément de savoir si, par la seule fixation de son domicile à l'étranger, le Français a renoncé au bénéfice de cette disposition; or, c'est ce que nous contestons, et nous prétendons que, seul et dégagé de toute autre circonstance, un établissement fondé à l'étranger ne suffit pas, dans l'intention du Français et d'après l'esprit de la loi, pour le priver du droit de réclamer le privilège de l'article 14. — Mais enfin, ajoute-t-on, ce serait surprendre la bonne foi de l'étranger, « car, dit M. Delvincourt, il n'a pas dû s'attendre à se

voir poursuivre en France, comme s'il s'agissait d'un contrat passé avec un Français voyageur » (358). — Il nous suffira de répondre que l'article 14 n'est pas fondé sur une interprétation de la volonté des parties contractantes; c'est une faveur donnée au Français, dans le but de le soustraire à la justice étrangère, et, dès lors, il n'y a pas à rechercher si, expressément ou tacitement, l'étranger débiteur a accepté la juridiction française. Ajoutons que cet étranger est loin d'être à l'abri de tout reproche, car il ne devait pas s'endormir dans une dangereuse insouciance dont il s'exposait à subir les conséquences. Il devait savoir que la personne avec laquelle il traitait, était de nationalité française; il devait s'enquérir de sa position juridique à son égard, et des droits que la loi française lui accorde. Il n'aurait pas ignoré alors qu'aux termes de l'article 14, il pourrait, dans tous les cas, être cité devant les tribunaux français. Bien plus, il avait un moyen fort simple d'éviter la juridiction de nos tribunaux : c'était d'exiger du Français la renonciation au bénéfice de cette disposition exceptionnelle.

La doctrine de la Cour de Paris est d'ailleurs contraire au texte même de l'article 14, qui a été rédigé dans les termes les plus généraux. Raisonner comme le fait cette Cour, c'est introduire dans la loi une exception qui ne s'y rencontre pas, c'est en restreindre de sa propre autorité l'application et l'étendue. Ajoutons que cette doctrine s'harmonise mal avec le principal motif sur lequel repose cette disposition. Cette loi de défiance a été introduite, nous l'avons dit, dans le but de protéger les nationaux; or, ce serait refuser cette protection à celui qui en aura le plus souvent besoin, à celui qui est exposé à passer de nombreux contrats avec les habitants du pays dans lequel il réside.

Remarquons enfin à quel résultat l'on aboutirait, en maintenant dans tous les cas l'application de la doctrine que nous

(358) *Cours de Code civil*, t. 1^{er}, *Notes*, p. 30.

combattons. Si l'étranger se réfugie en France et qu'il ne possède aucun bien dans son pays, le Français, dans ce système, ne pourra l'actionner en France (359) ; il n'aura également aucun intérêt à l'actionner à l'étranger où il ne possède rien, de sorte qu'il se verra privé de toute action ou, tout au moins, devra d'abord obtenir un jugement à l'étranger et venir ensuite en France, pour lui faire donner la force exécutoire sur les biens que son débiteur pourra y posséder.

Nous dirons donc, pour conclure : quelque regrettable que soit l'adoption du principe de l'article 14 en lui-même, cet article n'en est pas moins formel, et, dès lors, sans l'étendre au-delà des cas expressément prévus par son texte, il faut cependant l'appliquer à tous ces cas. Que l'équité ne soit en rien blessée par la solution que nous avons donnée, c'est ce que nous n'avons jamais prétendu soutenir ; nous reconnaissons nous-mêmes les défauts de la loi, et nous sommes heureux de les rendre plus apparents, espérant par là rendre sa réformation prochaine (360).

Il est à peine besoin de faire remarquer que, dans la question précédente, nous avons toujours entendu parler d'un domicile temporaire, sans durée positivement déterminée, mais non à perpétuelle demeure. Si, en effet, le Français s'était établi en pays étranger sans esprit de retour, il aurait perdu la qualité de Français et ne pourrait se prévaloir de la protection établie au profit des nationaux par l'article 14.

(359) Il le pourrait, sans doute, si l'étranger se réfugiait en France par fraude, dans le but d'échapper à toute poursuite ; mais ce serait imposer au Français l'obligation de faire une preuve quelquefois bien difficile à établir.

(360) Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, n. 3. — Demolombe, t. I, n^o 249. — Duranton, t. I, n^o 151, n. 1. — Fœlix, t. I, n^o 186. — Bonfils, n^o 61. — Massé, t. I, n^o 685. — Legat, p. 299. — Dal., *Répert.*, V^o *Droit civil*, n^o 265. Cette solution a également été consacrée par la Cour de cassation, dans un arrêt du 26 janvier 1836, qui casse l'arrêt de la Cour de Paris du 20 mars 1834, ci-dessus indiqué ; S., 36, 1, 217.

133. — L'expression : Français, dont se sert l'article 14, comprend les personnes morales, telles que les sociétés commerciales et industrielles, les communautés légalement autorisées et l'Etat lui-même. Elles peuvent donc, comme les personnes individuelles, invoquer le bénéfice de cette disposition.

134. — L'étranger, au contraire, ne sera pas admis, en principe, à se prévaloir de cette faveur, réservée aux seuls nationaux, peu importe d'ailleurs qu'il soit né étranger, ou que, Français de naissance, il ait ensuite perdu cette qualité.

Nous avons déjà fait application de ce principe, en disant que le droit de citer un débiteur étranger devant les tribunaux de France, devait être refusé au Français qui s'est établi à l'étranger sans esprit de retour. Il en est de même de celui qui est devenu étranger par l'effet de la naturalisation, ou par l'acceptation, non autorisée par le Gouvernement, de fonctions publiques conférées par un Gouvernement étranger (art. 17, n^{os} 1 et 2, C. civ.); ou bien encore par son entrée au service militaire d'une Puissance étrangère, son affiliation à une corporation militaire étrangère, sans autorisation du Gouvernement français (art. 21, § 1, C. civ.); ou son mariage avec un étranger (art. 19, § 1, C. civ.).

La jurisprudence déclare cependant les tribunaux français compétents pour statuer sur la demande en nullité de mariage, intentée par une femme d'origine française, mariée à un étranger (361). Cette doctrine qui a été également adoptée par MM. Fœlix et Demangeat (362), ne nous paraît pas à l'abri de

(361) Poitiers, 7 janv. 1845; S., 45, 2, 215. — Paris, 13 juin 1857; S., 57, 2, 579. — Trib. civ. d'Agen, 5 juil. 1860; S., 60, 2, 353. — Paris, 2 mars 1868; S., 69, 2, 332. — Trib. civ. Seine, 2 juil. 1872; S., 72, 2, 248; et 21 juin 1873; *J. dr. int.*, 1874, p. 71. — Paris, 28 mai 1880; *J. dr. int.*, 1880, p. 300. — Dans le même sens: Féraud-Giraud; *J. dr. int.*, 1880, p. 151. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 bis, p. 144, n. 38.

(362) N^o 175, p. 363 et note a.

toute critique, et les principes généraux sur la nullité des actes nous semblent commander une autre solution, alors du moins qu'il ne s'agit pas d'un mariage inexistant, mais simplement annulable. La femme était sans doute française au jour du mariage, mais il ne suffit pas, pour jouir du bénéfice de l'article 14, d'avoir eu cette qualité le jour où s'est passé le fait générateur du droit que l'on prétend exercer; il faut encore avoir conservé cette qualité au moment de l'exercice de l'action. La femme doit-elle être considérée comme française ou étrangère? telle est la véritable question.

L'orsqu'un acte existe, il ne cesse pas d'entraîner ses conséquences légales, par cela seul qu'une partie vient soutenir qu'il est entaché de nullité. Un pareil acte est efficace, tant que la nullité n'en a pas été prononcée par le juge. Or, un des effets du mariage contracté par un étranger avec une française, est de faire perdre à celle-ci sa nationalité primitive et de lui conférer celle de son mari. Donc, la femme française doit être réputée étrangère, tant que la nullité du mariage n'a pas été prononcée par la justice. En vain la Cour de Paris, dans son arrêt du 2 mars 1868, objecte-t-elle « qu'il faudrait préjuger le fond du droit pour admettre l'exception d'incompétence opposée par le défendeur, et reconnaître d'avance à l'acte de mariage la valeur qui lui est contestée. » Assurément non, ce n'est pas préjuger le fond du droit que de dire que la femme, quelle que soit la décision du juge, doit provisoirement être réputée étrangère, par application de la règle générale sur les effets des actes annulables. On préjuge, au contraire, le fond du droit, quand on permet à la femme de se prévaloir, pour intenter son action devant les tribunaux français, d'une qualité qui ne peut lui appartenir que par l'effet du jugement qui prononcera la nullité de son mariage.

Remarquons d'ailleurs que, pour résoudre cette difficulté, nous nous sommes placé uniquement au point de vue de l'application de l'article 14. Mais, étant admis que la femme doit être

considérée comme étrangère, et ne peut, dès lors, invoquer le bénéfice de cette disposition, nous aurons encore à nous demander si les tribunaux français ne peuvent pas, ou même ne doivent pas connaître de la demande dont il s'agit, en vertu des règles sur la compétence dans les procès entre étrangers.

134 *bis*.— Le bénéfice de l'article 14 doit être également refusé au Français devenu étranger, par suite du démembrement du territoire français. Nous trouvons malheureusement à faire application de ce principe aux Alsaciens-Lorrains qui ont laissé expirer, sans opter, le délai qui leur avait été accordé par le traité du 10 mai 1871 (art. 2). Mais la jurisprudence a décidé qu'ils devaient être considérés comme Français jusqu'à la fin de ce délai, fixé pour l'option en faveur de la nationalité française, et, par suite, devaient être admis à saisir les tribunaux français de leurs actions contre des débiteurs étrangers (363). Nous n'avons pas à examiner ici cette question ; disons seulement que la jurisprudence a fondé cette solution sur l'article 2 du traité de 1871, qui établissait la faculté de *conserver* la nationalité française, en faisant une déclaration préalable à l'autorité compétente. Cet article ajoutait que, moyennant cette condition, les Alsaciens-Lorrains pourraient transporter leur domicile en France, et que la qualité de citoyen français leur serait *maintenue*. On ne peut, en effet, dit la Cour de Nancy, *conserver* que ce qu'on possède, et l'on ne saurait *maintenir* que ce qui existe encore. D'ailleurs, on aurait peine à comprendre que les rédacteurs du traité eussent voulu faire momentanément perdre la qualité de Français aux Alsaciens-Lorrains, pour la leur rendre plus tard, s'ils faisaient la déclaration exigée d'eux.

C'est par application du même principe, que le tribunal de Vesoul a jugé que, tant que durait le délai d'option, l'Alsacien-Lorrain ne pouvait être tenu de fournir la caution *judicatum*

(363) Nancy, 31 août 1871 ; Dal., 71, 2, 207.

solvi, lorsqu'il plaidait comme demandeur principal ou intervenant devant un tribunal français (364).

135. — De tout ce qui précède, il résulte que l'étranger ne saurait invoquer le bénéfice de l'article 14, peu importe qu'il ait été toujours étranger, ou ne le soit devenu que par un fait postérieur à sa naissance. Toutefois, le Français qui devient créancier d'un étranger, jouira de la faculté de citer son débiteur devant les tribunaux de France, alors même qu'il aurait un instant perdu la qualité de Français, pourvu qu'il l'ait recouvrée au jour où il exercera son action. Nous rentrons alors dans les termes, aussi bien que dans l'esprit de l'article 14, puisqu'il s'agit d'une obligation contractée envers un Français, dont l'exécution est poursuivie par ce créancier lui-même, redevenu Français.

136. — Parmi les étrangers, il en est cependant qui doivent être assimilés aux Français, et pourront dès lors, citer devant nos tribunaux les étrangers avec lesquels ils ont contracté. Nous voulons parler de ceux qui, conformément à l'article 13, C. civ., ont été autorisés à établir leur domicile en France.

M. Massé soutient cependant une doctrine contraire, en se fondant sur ce que l'article 14 établit, en faveur du Français, un privilège exceptionnel, qui est en dehors des droits civils dont il jouit comme Français. Celui qui a été admis à établir son domicile en France, reste cependant étranger, et ne saurait, dès lors, réclamer un privilège qui constitue une prérogative attachée à la qualité de Français (365).

C'est faire une distinction purement arbitraire, que de prétendre ainsi distinguer parmi les droits civils, ceux qui sont des droits ordinaires et doivent appartenir aux étrangers en vertu de l'article 13, et ceux qui constituent, au contraire, de véritables privilèges réservés aux seuls Français. La combinaison des articles 13 et 14, sainement entendus, montre ce qu'il y a de

(364) 19 juil. 1871; Dal., 71, 3, 69.

(365) T. I^{er}, n^o 683.

peu fondé dans un tel système. Oui, sans doute, l'article 14 constitue une disposition exceptionnelle que nous n'hésitons pas à qualifier d'exorbitante ; mais enfin, c'est un droit civil, et un droit civil d'autant plus important qu'il a un caractère plus exceptionnel. Or, aux termes de l'article 13, l'étranger autorisé à établir son domicile en France, a la jouissance de tous les droits civils ; donc, il doit pouvoir invoquer celui de ces droits qui est écrit dans l'article 14 (366).

137. — Dans l'espèce sur laquelle avait à statuer la Cour de cassation, le 12 novembre 1872, le défendeur était une société anglaise et l'un des demandeurs intervenants était également un Anglais. Aussi avait-on essayé de soutenir que c'est seulement quand le défendeur appartient à un autre pays que lui, que le demandeur peut redouter la partialité des tribunaux de son adversaire ; mais que ce motif n'existe plus, lorsque ce dernier est du pays auquel le demandeur lui-même appartient.

Quelle ingénieuse que puisse paraître cette théorie du pourvoi, elle devait être repoussée, comme elle l'a été, en effet, par la Cour suprême. On aurait pu d'abord répondre que l'étranger qui vient s'établir en France, peut-être à perpétuelle demeure, et renonce ainsi à sa patrie primitive, pourra, comme le Français, avoir à redouter le jugement des tribunaux de son pays. Quoi qu'il en soit d'ailleurs de cette considération, cette théorie devait échouer devant la combinaison des articles 13 et 14 C. civ. Ces articles ne font, en effet, aucune distinction ; l'étranger y est assimilé au Français ; or, celui-ci peut actionner devant nos tribunaux tous les étrangers, sans aucune distinction de nationalité.

138. — Ajoutons toutefois qu'un étranger domicilié en France

(366) Demolombe, t. 1^{er}, n° 266. — Bonfils, n° 68. — Legat, p. 301. — Félix, t. 1^{er}, n° 178. — Aubry et Rau, t. 1^{er}, § 79, n. 12., et t. VIII, § 748 bis, n. 39. — Req. rej., 12 nov. 1872 ; S., 73, 1, 17. — Trib. com. du Havre, 27 mai 1874 ; *J. dr. int.*, 1875, p. 187.

avec l'autorisation du Gouvernement, ne pourrait se prévaloir de cette circonstance pour invoquer contre un autre étranger le bénéfice de l'article 14, s'il s'agissait de l'exécution d'obligations contractées à son profit, antérieurement à l'établissement autorisé de son domicile en France. Nous avons déjà examiné la même question et donné la même solution, en ce qui concerne l'étranger qui se fait naturaliser Français. Les arguments qui nous ont décidé à trancher la question dans ce sens, conservent ici toute leur force, et nous ne pouvons que nous y référer, en ajoutant que la position de cet étranger ne saurait être plus favorable que celle d'un demandeur Français (V. n° 131 *bis*) (367).

A plus forte raison, un étranger ne pourrait-il se prévaloir de l'article 14, par suite de la circonstance qu'il aurait obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France, postérieurement à l'instance par lui engagée (368).

139. — Il ne faudrait pas d'ailleurs regarder telle ou telle circonstance comme tenant lieu de l'autorisation dont parle l'article 13, pour permettre à l'étranger de citer, en vertu de l'article 14, son débiteur également étranger devant les tribunaux français. C'est ainsi que, par un jugement du 25 février 1878, le tribunal de commerce de Marseille a décidé qu'une compagnie de bateaux à vapeur dont l'établissement principal était à l'étranger, et qui n'avait qu'une simple agence dans un port français,

(367) Aubry et Rau, t. 1^{er}, *loc. cit.*; et t. VIII, *loc. cit.* n. 40. — Bertauld, *Questions pratiques*, t. 1^{er}, n° 169. — Paris, 6 août 1817; C. n., 5, 2, 314. — *Contrà*: Bonfils, n° 68. — Demangeat, sur Fœlix, t. 1^{er}, p. 365, n. a. — Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. 1^{er}, § 62, n. 15. — Dal., *Répert.*; V° *Droit civil*, n° 273. — Trib. com. d'Anvers, confirmé par un arrêt de Bruxelles, sans date; *Rev. dr. int.*, 1872, t. IV, p. 654. — On peut également citer comme consacrant ou désapprouvant implicitement la solution que nous avons donnée, les arrêts qui refusent ou accordent à l'étranger naturalisé Français, le droit de citer son débiteur étranger devant les tribunaux de France, pour des obligations antérieures à la naturalisation. (V. note 353.)

(368) Req, rej., 18 mars 1818; Dal., *Répert.*, *loc. cit.*

ne pouvait être assimilée à un étranger autorisé à établir son domicile en France, et n'avait pas le droit d'assigner un autre étranger devant les tribunaux français (369).

Nous aurons d'ailleurs à revenir sur cette question, lorsque nous parlerons des procès entre étrangers, et nous verrons alors si le fait d'une longue résidence en France, ou la circonstance que l'étranger y fait un commerce, y paie patente, suffit pour lui permettre de saisir les tribunaux de notre pays à l'encontre de son débiteur également étranger.

140. — Il est encore une autre classe d'étrangers qu'il faut mettre sur la même ligne que les Français, au point de vue qui nous occupe : nous voulons parler de ceux qui seraient assimilés aux nationaux par un traité diplomatique, qui leur donnerait la jouissance de tous les droits civils, ou, tout au moins, leur conférerait la faculté de poursuivre leurs débiteurs devant les tribunaux français (370).

141. — Jusqu'ici nous avons toujours supposé que le droit du créancier avait pris naissance au profit de la personne même qui l'exerce en justice, et nous avons vu que tout Français peut se prévaloir du bénéfice de l'article 14, alors du moins qu'il possédait déjà cette qualité au jour de la formation du lien de droit. Nous avons dit, au contraire, que jamais l'étranger ne pouvait invoquer cette disposition, sauf les exceptions dont nous venons de parler. Il nous reste à examiner différentes hypothèses dans lesquelles l'action est intentée par une personne autre que celle qui a acquis le droit de créance. Il peut, en effet, arriver que le demandeur soit français, tandis que l'obligation aura pris naissance au profit d'un autre Français ou d'un étranger, comme il se peut aussi que le demandeur soit étranger, alors que l'obligation aura pris naissance au profit d'un autre étranger ou d'un Français.

(369) *J. dr. int.*, 1878, p. 372.

(370) Art. 11, C. civ. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 bis, p. 146. — Zachariæ, édit, Massé et Vergé, t. I, p. 87.

Supposons d'abord que c'est un Français qui exerce l'action. Il pourra incontestablement saisir la juridiction de son pays, si celui au profit duquel le droit est né, était lui-même Français. L'esprit de la loi et son texte sont d'accord pour commander cette solution. En cédant, par exemple, son droit, le Français, créancier primitif, n'a pas, par sa propre volonté, créé la compétence des tribunaux français à l'égard de son débiteur étranger, puisque, dès le jour du contrat, et par le fait que l'obligation avait été contractée envers un Français, il se trouvait soumis à cette juridiction (371).

142. — Mais il peut se faire que l'obligation soit née au profit d'un étranger, et que, néanmoins, l'action soit intentée par un Français, soit au nom d'une autre personne et comme son représentant, soit comme héritier *ab intestat* ou testamentaire, ou enfin comme cessionnaire de cet étranger. Dans ces différentes hypothèses, le Français doit-il être admis à invoquer le bénéfice de l'article 14 ?

Il ne pourra invoquer cette disposition de faveur, établie au profit des Français, s'il ne fait qu'agir au nom de l'étranger, et exercer l'action comme ce dernier aurait pu le faire lui-même. C'est ainsi qu'un créancier français ne pourrait introduire sa demande devant un tribunal français, s'il ne faisait qu'exercer, en vertu de l'article 1166, C. civ., l'action appartenant à son débiteur étranger contre un autre étranger. Il ne saurait, en effet, imposer à son adversaire la juridiction d'un tribunal que son débiteur étranger n'aurait pu lui-même saisir du procès (372).

De même encore, lorsqu'un commerçant étranger a été déclaré en faillite en France, le syndic, fût-il Français, ne serait pas fondé à actionner devant les tribunaux français le débiteur étranger de la faillite, en vertu de l'article 14, alors même que

(371) Dal., *Répert.*, V^o *Droit civil*, n^o 280. — Req. rej., 5 novembre 1873; S., 74, 1, 433.

(372) Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, n. 14.

la masse serait composée en majeure partie ou même en totalité de créanciers français. La faillite, en effet, n'a pas pour résultat de dépouiller le failli de la propriété de son actif, mais seulement d'en confier l'administration et la liquidation à la masse des créanciers, représentés par le syndic. Il résulte de ce principe que les créanciers et les syndics qui les représentent, ne peuvent poursuivre le débiteur du failli qu'au nom de ce dernier; or, le failli étant étranger n'aurait pu se prévaloir du bénéfice de l'article 14, donc, la masse des créanciers ne pourra s'en prévaloir elle-même (373).

Aussi ne saurions-nous approuver le tribunal de commerce d'Anvers, quand il dit, dans les considérants d'un jugement du 24 juillet 1874: « Attendu qu'au surplus, le curateur représente à la fois les créanciers belges et les créanciers étrangers des sieurs Marquer, et qu'en cette qualité il a le droit, en vertu de l'article 14, de citer devant les tribunaux belges les étrangers qui ont contracté avec le failli » (374). Sans doute, le curateur représente les créanciers belges, mais ceux-ci eux-mêmes agissent au nom du failli étranger, de sorte qu'en réalité le curateur représente le failli lui-même qui est de nationalité étrangère, et dont l'insolvabilité ne peut être une cause suffisante pour soustraire un débiteur étranger à la juridiction de ses juges naturels.

C'est pour des raisons analogues que nous nous permettrons de critiquer les considérants d'un arrêt de la Cour de cassation, du 9 mars 1863 (375). Il s'agissait d'une femme française d'origine, devenue étrangère par son mariage avec un étranger, et redevenue française après la mort de son mari, par application de l'article 19, § 2, C. civ. La Cour décide que cette

(373) Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 15. — Civ. rej., 12 janv. 1875; S., 75, 1, 124.

(374) *J. dr. int.*, 1875, p. 217.

(375) S., 63, 1, 225.

femme peut assigner un étranger devant les tribunaux français, à raison des obligations par lui contractées envers son mari au cours du mariage, en sa qualité de tutrice légale des enfants mineurs. Il nous paraît tout-à-fait inexact de dire que la femme pouvait, en sa qualité de tutrice, poursuivre le débiteur étranger devant les tribunaux français ; car, ici encore, et en tant qu'elle n'agissait qu'en cette qualité, la femme ne faisant que représenter les enfants mineurs, étrangers dans l'espèce, ne pouvait saisir de la contestation un tribunal qu'eux-mêmes n'auraient pu saisir.

143. — Il importe toutefois de ne pas confondre le cas où le créancier agit comme représentant de son débiteur, et celui où il exerce un droit qui lui est personnel, aux termes de l'article 1167 C. civ. Les articles 1166 et 1167 donnent, en effet, au créancier le droit d'exercer deux actions distinctes et indépendantes, à ce point qu'elles peuvent être exercées successivement par lui. Dans l'article 1167, le créancier puise le droit personnel d'actionner le tiers qui a traité avec son débiteur, et cela en vertu de l'obligation directe dont ce tiers est tenu à son égard, et qui est fondée sur ce principe : qu'il n'est permis à personne de s'enrichir aux dépens d'autrui, ou encore sur cette règle de l'article 1382 du Code civil : que tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. Dans cette hypothèse, le créancier serait donc admis à citer le tiers étranger devant les tribunaux français, en vertu de l'article 14.

C'est en vertu du même principe que nous reconnâtrons aux créanciers français d'un étranger failli en France, le droit de citer devant les tribunaux français le tiers étranger, pour faire prononcer la nullité d'un acte passé entre lui et leur débiteur déclaré en faillite (art. 446 et 447, C. com.).

144. — Nous avons examiné différentes hypothèses dans lesquelles nous avons rencontré l'application du principe par nous posé : que le demandeur français ne saurait se prévaloir du bé-

néfice de l'article 14, alors qu'il ne fait qu'agir au nom et comme représentant d'un étranger, qui était lui-même sans qualité pour invoquer ce bénéfice. Mais il se peut qu'un Français exerce en son nom personnel un droit né au profit d'un étranger, c'est-à-dire qu'un créancier français se trouve substitué à un créancier étranger, soit parce que cet étranger venant à mourir, a laissé pour héritier un Français, soit par suite d'une cession faite à un Français. Dans ces différents cas, doit-on admettre que le Français puise dans sa qualité personnelle un droit qui n'appartenait pas au défunt, ou au créancier primitif qui a fait la cession ?

On peut hésiter entre la réponse affirmative, peut-être plus en harmonie avec l'esprit de notre législation, et la réponse négative, plus conforme au texte de la loi. Pour notre compte, nous regardons la question comme très-délicate ; mais nous croyons cependant qu'il faut s'en tenir à la lettre de la loi, lorsqu'il s'agit d'une disposition aussi exorbitante que celle de l'article 14. Telle est l'idée fondamentale qui va nous guider, dans les différentes questions que nous allons examiner.

145. — Nous déciderons d'abord que le Français, héritier testamentaire ou *ab intestat* d'un étranger, ne peut invoquer le bénéfice de l'article 14 contre le débiteur étranger. Il ne peut l'invoquer comme succédant aux droits du défunt, puisque lui-même n'aurait pu se prévaloir de ce bénéfice. Il ne le peut non plus de son propre chef, car il ne suffit pas d'être Français au jour de l'action ; l'article 14 exige encore que l'obligation ait été contractée envers un Français (376).

Une solution contraire a été consacrée par la jurisprudence, notamment par un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 18 décembre 1846 (377), et par un arrêt de la Cour de cassation, du 2 août

(376) Bertauld, *Questions pratiques*, t. 1^{er}, n^o 170. — Note de M. Renault, professeur à la Faculté de droit de Paris ; S., 77, 1, 97. — V. également la Note sous un arrêt de la Cour de cassation ; Dal., 73, 1, 483. — *Contrà* : Testoud, *Rev. critique*, 1877, t. VI, p. 609 et suiv.

(377) Dal., 47, 2, 43.

1876 (378), par lequel la Chambre des requêtes se rallie à l'opinion déjà consacrée par la Chambre civile, le 17 février 1873 (379). La question nous paraît tranchée un peu sommairement par la Cour suprême, qui se borne à constater que l'article 14 est applicable, par cela seul que l'héritier demandeur est Français. Nous allons voir d'ailleurs que la même jurisprudence donne une solution contraire sur la question suivante, non moins importante, et qui nous paraît tout-à-fait analogue.

146. — C'est en vertu du même principe que nous refuserons au Français, cessionnaire d'un étranger, le droit de citer le débiteur étranger devant les tribunaux de France. Ici, sans doute, nous ne sommes plus en présence d'un Français qui ne ferait qu'agir au nom de son débiteur ; c'est bien en son nom personnel qu'il agit, c'est bien sa propre créance qu'il exerce ; mais enfin à quel titre pourrait-il donc se prévaloir du droit d'actionner le débiteur étranger devant les tribunaux français ? Assurément il ne peut prétendre avoir reçu ce droit du cédant, car le cédant lui-même n'en jouissait pas et n'a pu, dès lors, transmettre un privilège qui n'existait pas en sa faveur. Pourra-t-il, du moins, l'invoquer de son propre chef ? Il est vrai que, si la position du cessionnaire est la même que celle du cédant, en ce qui concerne les qualités inhérentes à la créance elle-même, elle en diffère, au contraire, en ce que le cessionnaire peut se prévaloir de toutes les qualités personnelles qui résultent de son état et qui n'appartiennent pas au cédant. Mais raisonner ainsi, pour autoriser le Français à réclamer le bénéfice de l'article 14, ce serait décider la question par la question elle-même, puisqu'il s'agit précisément de savoir s'il suffit d'être Français au jour de la demande, ou si cette qualité ne doit pas encore exister au jour de la formation du lien de droit. Or, notre article est formel sur ce point : il suppose que l'obligation a été contractée envers un

(378) S., 77, 1, 97.

(379) Dal., 73, 1, 483.

Français et que la demande en justice est également introduite par un Français, et, nous ne saurions trop le répéter avec la jurisprudence, il y a là une disposition exorbitante du droit commun, qu'on ne peut raisonnablement et sans danger, étendre par analogie à des cas non expressément prévus.

Nous ne disons pas qu'une personne a un droit acquis à une juridiction déterminée, dès le jour du contrat. Nous ne prétendons pas non plus repousser l'application de l'article 14 par le motif que l'étranger, en traitant avec un autre étranger, n'aurait pas accepté la juridiction française, puisque nous reconnaissons nous-mêmes que cette disposition n'est pas fondée sur l'interprétation de la volonté des parties, et qu'elle est applicable, alors même qu'en fait l'étranger aurait ignoré la qualité de son cocontractant français. Nous refusons au Français le droit qu'on voudrait lui accorder, parce que le texte de l'article 14 le lui refuse, et ce point étant établi, nous ajoutons que la différence de solution dans le cas qui nous occupe, et dans celui où l'obligation a été directement contractée envers un Français, se justifie parfaitement au point de vue de la raison. On peut dire, en effet, dans le désir exagéré de protéger les nationaux, que toujours l'étranger qui devient débiteur direct d'un Français, pourra être traduit devant les tribunaux de France, parce que, dans la plupart des cas du moins, il a pu et dû connaître la nationalité de son futur créancier et les privilèges qui y sont attachés. Mais on ne peut même plus essayer de justifier ce principe par cette considération, dans l'hypothèse où l'étranger n'est devenu débiteur d'un Français que par suite d'une cession consentie à ce dernier. Il a pu, sans doute, penser que cette créance serait cédée peut-être à un Français, mais toujours est-il que, traitant directement avec un étranger et rien qu'avec un étranger, il n'était tenu de s'enquérir que de la qualité de ce dernier, et, en fait, dans la plupart des cas, la pensée ne lui sera même pas venue qu'il pourrait un jour être cité devant les tribunaux de France, en vertu d'une cession faite par son créancier. En tous cas, et de

quelque manière qu'il soit devenu débiteur de l'étranger, il sera toujours vrai de dire que la compétence du tribunal au jour où l'obligation a pris naissance, ne saurait être changée par une cause quelconque, et spécialement, dans la question qui nous occupe, par le fait du créancier de céder son droit à un Français (380).

147. — Nous n'admettons pas même le tempérament apporté à cette solution par quelques auteurs, qui permettent au Français cessionnaire de poursuivre l'étranger devant les tribunaux français, lorsque cet étranger se trouve en France (381); car

(380) Merlin, *Questions*, V^o *Etrang.*, § 4, n^o 3. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 bis, n. 16. — Demolombe, t. I^{er}, n^o 250. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I^{er}, § 62, n. 10. — Massé, *Dr. com.*, t. I^{er}, n^o 688. — Bertauld, *op. cit.*, n^o 169. — Fœlix, t. I^{er}, n^o 173. — Nouguiet, *Des trib. de com.*, t. II, p. 426. — Note de M. Renault; S., 77, 1, 97. — Douai, 27 fév. 1828; C. n., 9, 2, 41. — Poitiers, 5 juil. 1832; S., 32, 2, 441. — Req. rej., 26 janv. 1833; S., 33, 1, 100. — Paris, 27 mars 1835; S., 35, 2, 218. — 14 avril 1860; Dal., 61, 5, 196. — Telle est aussi la doctrine enseignée par notre savant professeur de droit commercial et de droit des gens, M. Lombard. — Cpr. Bruxelles, 25 mars 1826, rapporté dans Merlin, *op. et loc. cit.* — Pau, 27 mai 1830; S., 31, 2, 54. — *Contrà*: Zachariæ, *loc. cit.* — Dal., *Répert.*, V^o *Droit civil*, n^o 278. — Bonfils, n^o 67, p. 61 et suiv. — Demangeat, sur Fœlix, t. I^{er}, p. 358, n. a. — Pardessus, *Dr. com.*, n^o 1478. — Testoud, *Rev. critique*, 1877, t. VI, p. 609. — Bodin, *Rev. pratique*, t. V, p. 147 et s. — Cpr. Paris, 29 nov. 1831; S., 32, 2, 54. — Nous ne nous étonnons pas que M. Bodin ne cherche pas à restreindre l'application de l'article 14, car, selon lui, cet article ne fait que consacrer une règle *équitable*.

(381) Fœlix, t. I^{er}, n^o 173 et 174. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, *loc. cit.* — Massé, *Dr. com.*, t. I^{er}, n^o 689. — Remarquons que nous ne prétendons critiquer cette solution qu'en nous plaçant au point de vue de l'application de l'article 14. Nous l'admettrions, au contraire, en examinant la question à un autre point de vue, comme semble le faire particulièrement M. Fœlix, si d'ailleurs le défendeur était domicilié en France, et cela, en vertu de la règle: *Actor sequitur...* qui doit, à notre avis, recevoir son application, alors même que les deux parties seraient de nationalité étrangère.

cette distinction nous semble tout-à-fait arbitraire. En effet, dans les contestations entre un Français demandeur et un étranger défendeur, c'est à l'article 14 qu'il faut recourir pour déterminer la compétence générale des tribunaux français ou étrangers ; or, cet article, nous l'avons vu, n'a pas pris en considération la circonstance que l'étranger était ou non trouvé en France. Donc, de deux choses l'une : ou bien il doit recevoir ici son application, et alors le privilège doit exister au profit du Français, alors même que le défendeur ne serait pas trouvé en France ; ou bien il ne peut trouver place dans notre question, comme nous l'avons admis, et alors on doit refuser ce privilège au régnicole, quand bien même l'étranger serait trouvé sur le sol français (382).

148. — La jurisprudence, comme on peut le voir par les différents arrêts ci-dessus indiqués, refuse au Français cessionnaire le droit d'invoquer l'article 14, et certes nous nous garderons bien de l'en blâmer ; mais ce que nous lui reprochons, c'est de ne pas être conséquente avec elle-même, et d'accorder ce droit au Français, héritier d'un étranger. On peut trouver l'idée de cette distinction dans les considérants d'un arrêt de la Cour de Paris, du 7 mai 1861 (383), qui s'attache à la nature volontaire ou involontaire de la substitution du Français au créancier étranger. Il en résulterait qu'en cas de décès, l'héritier pourrait invoquer le bénéfice de cet article, parce que la transmission s'est opérée sans la volonté du titulaire de la créance.

Cette distinction nous paraît d'abord peu exacte en elle-même. En effet, même au cas de transmission par décès, il est toujours vrai de dire qu'il n'y a pas une transmission absolument indépendante de la volonté des parties, puisque le nouveau créancier ne l'est devenu que parce qu'il le voulait bien. Il y a plus, pour

(382) Paris, 27 mars 1835 ; S., 35, 2, 218. — 24 avril 1852 ; *Gazette des trib.*, des 10 et 11 mai 1852.

(383) S., 63, 1, 226.

être logique dans sa distinction, la jurisprudence devra alors sous-distinguer, selon qu'il y a eu succession testamentaire ou *ab intestat* ; car, si le créancier primitif ne peut pas changer la situation de son débiteur, au point de vue de la compétence, en cédant entre vifs sa créance à un Français, comment le pourrait-il par une disposition testamentaire ? Pourquoi le légataire français serait-il mieux traité que le cessionnaire français de la même créance ? Tout cela nous paraît absolument arbitraire, et nous proposons le dilemme suivant aux Cours et tribunaux qui seraient tentés à l'avenir de maintenir toutes ces distinctions : ou bien il suffit de posséder la qualité de Français au jour de la demande, pour pouvoir citer l'étranger devant les tribunaux français, ou bien, au contraire, cet article doit être interprété à la lettre, et en ce sens que l'obligation doit aussi avoir été contractée envers un Français. Il n'y a pas place pour une interprétation intermédiaire. Au premier cas, peu importe en la personne de qui le droit aura pris naissance ; peu importe comment se sera opérée la transmission ; le demandeur est Français et cela doit suffire pour qu'il puisse se prévaloir de l'article 14. Au second cas, il n'y a pas à rechercher comment a pu se faire la substitution d'un créancier français à un créancier étranger, puisque le seul fait que le créancier primitif était étranger doit être un obstacle absolu à l'application de notre article (384).

C'est encore pour les mêmes raisons que nous signalerons une inconséquence dans celles des décisions de la jurisprudence qui admettent que l'étranger, devenu Français, peut réclamer le bénéfice de l'article 14, même pour les obligations antérieures à l'événement qui lui a fait acquérir la qualité de Français. Nous devons toutefois ajouter que, dans l'arrêt du 2 août 1876, qui permet à l'héritier français d'un étranger de citer le débiteur étranger devant les tribunaux français, la Chambre des requêtes fonde

(384) *Note* de M. Louis Renault, sous l'arrêt de cassation du 2 août 1876; S., 77, 1, 97.

sa décision sur des motifs tout à fait généraux, tirés de la seule qualité de Français de l'héritier. Ce motif pourrait faire supposer que la Cour aurait admis la même solution dans le cas de cession de créance à un Français, et aurait ainsi fait disparaître la contradiction que nous lui reprochons. Toutefois, il est encore permis d'en douter, car la question, comme on peut le voir, a été tranchée un peu sommairement par la Cour.

149.—Jusqu'ici, nous avons toujours supposé une créance non transmissible par voie d'endossement. Mais nous reconnaitrions au Français le droit de citer en France son débiteur étranger, lorsqu'il s'agira d'une créance négociable par voie d'endossement. Voilà, par exemple, une lettre de change souscrite par un étranger au profit d'un autre étranger. Par suite d'endossements successifs, elle se trouve entre les mains d'un Français. Il faut, sans hésiter, reconnaître au porteur le droit d'invoquer le privilège de l'article 14 contre les étrangers tenus au paiement de cet effet. L'endossement d'une lettre de change diffère par sa nature et par ses effets du transport d'une créance ordinaire. L'étranger qui a souscrit une pareille obligation au profit d'un autre étranger, ne s'est pas seulement lié envers celui-ci; il s'est obligé envers tous ceux au profit desquels la lettre pourra être endossée. Il est donc réputé avoir contracté avec le Français qui s'en trouve porteur au jour de l'échéance, et, par conséquent, celui-ci doit jouir à son égard de tous les privilèges que la loi reconnaît au régnicole contre l'étranger. « Cette solution résulte, dit Merlin, de ce que le créateur de la lettre de change est censé avoir assuré aux différents endosseurs contre lui, les mêmes droits que s'il les eût compris tous nominativement dans l'engagement qu'il a pris de payer la lettre, et, par une conséquence nécessaire, de ce qu'à son égard le porteur n'est pas simplement le cessionnaire de celui au profit duquel il a souscrit la lettre de change, mais l'un de ceux au profit desquels il l'a souscrite, ou, en d'autres termes, son créancier direct » (385). L'étranger ne saurait se plaindre d'un

tel résultat, car il devait savoir, et il savait certainement que la lettre par lui souscrite était destinée à une circulation rapide, en vertu de sa nature même, et qu'un jour ou l'autre elle pourrait se trouver entre les mains d'un Français (386).

150.— Jusque vers 1830, la jurisprudence consacrait une solution identique à celle qu'elle avait admise pour le cas de cession par voie ordinaire, et refusait au Français le droit d'invoquer l'article 14 (387).

Vers cette époque, il se fit une révolution dans la jurisprudence, qui décida que cet article pouvait être invoqué par le Français, porteur d'un effet de commerce, négociable par voie d'endossement (388).

Cette doctrine a été vigoureusement combattue par la Cour de Poitiers, dans un arrêt du 5 juillet 1832 (389). Elle se fonde, pour repousser l'application de l'article 14, sur ce que cet article

(386) Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, n. 17.— Demolombe, t. I^{er}, n° 250.— Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I^{er}, § 62, n. 10.— Massé, *Dr. com.*, t. I^{er}, n° 688.— Bonfils, n° 67 *bis*, p. 66 et suiv.— Dal., *Répert.*, V^o *Droit civil*, n° 274 et suiv.— Pardessus, *Dr. com.*, n° 1478.— Fœlix, t. I^{er}, n° 172.— Bertauld, *op. cit.*, t. I^{er}, n° 173.— Nouguiér, *Des trib. de com.*, t. II, p. 426 et suiv.

(387) Bruxelles, 25 mars 1826; Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 275.— Douai, 27 fév. 1828; C. n., 9, 2, 41.— Poitiers, 5 juil. 1832; S., 32, 2, 441.— Cpr. Aix, 25 août 1828; C. n., 9, 2, 143.— Pau, 27 mai 1830; S., 31, 2, 54.

(388) Req. rej., 25 sept. 1829; C. n., 9, 1, 373.— Douai, 12 janv. 1832; Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n° 278.— Req. rej., 26 janv. 1833; S., 33, 1, 100.— Douai, 25 janv. 1834; S., 47, 2, 6.— 12 mars 1846; S., 47, 2, 5.— Paris, 15 oct. 1834, S., 34, 2, 657.— 27 mars 1835; S., 35, 2, 218.— 7 mai 1856; S., 58, 2, 41.— Orléans, 15 mai 1856; Dal., 56, 2, 155.— Req. rej., 18 août 1856; S., 57, 1, 586.— Paris, 28 janv. 1858; Dal., 58, 2, 28.— 14 avril 1860; Dal., 61, 5, 196.— Trib. com. Seine, 1^{er} juil. 1875; *J. dr. int.*, 1876, p. 356.— Cpr. Douai, 7 mai 1828; C. n., 9, 2, 76.— Paris, 29 nov. 1831; S., 32, 2, 54.— Caen, 12 janv. 1832; S., 32, 2, 202.— Paris, 12 avril 1850 S., 50, 2, 333.

(389) S., 32, 2, 441.

n'a entendu parler que des obligations contractées directement et originairement envers un Français, et sur ce que l'étranger a dû croire qu'il suffisait de ne pas contracter directement avec un Français, pour ne pas subir les conséquences de cette disposition. Nous répondons que le droit pour le Français cessionnaire de citer l'étranger devant les tribunaux de France, résulte ici de l'article 14, combiné avec la nature et les effets de la clause à ordre. L'étranger savait et devait savoir que la lettre par lui souscrite, pourrait arriver un jour entre les mains d'un porteur français envers lequel il se trouverait engagé directement, ce qui le soumettrait à la juridiction des tribunaux français.

La Cour ajoute que ce serait jeter le trouble dans le commerce international, et que les négociants de tous les points du globe ne pourraient souscrire aucun effet négociable, sans se soumettre par cela seul à la juridiction des tribunaux français. Sans doute, mais il ne faut rien exagérer, et l'on doit, avant tout, se placer à un point de vue pratique, pour avoir une idée exacte des résultats de cette règle. Or, il faut supposer que l'étranger a en France un centre d'affaires, qu'il y possède des biens sur lesquels le jugement pourra être exécuté: sans cela, autant vaudrait porter directement l'action devant les tribunaux étrangers, puisque, après avoir obtenu un jugement en France, le créancier ne pourrait le mettre à exécution sur les biens étrangers sans s'adresser au juge étranger.

151. — Il faut d'ailleurs que le Français soit devenu le véritable propriétaire de la lettre par suite d'un endossement régulier (390). C'est une question controversée, dans l'examen de laquelle nous ne voulons pas entrer, que celle de savoir si une lettre de change peut encore être négociée par voie d'endossement après son échéance, ou même après protêt. La juris-

(390) Req. rej., 25 sept. 1829; C. n., 9, 1, 373. — Paris, 12 avril 1850; S., 50, 2, 333.

prudence, en général, s'est prononcée pour l'affirmative (390 *bis*), en se fondant sur la généralité de l'article 136 du Code de commerce. Si l'on approuve cette solution et si l'on décide que le souscripteur de la lettre se trouve obligé directement envers le porteur français, bien que l'endossement soit postérieur à l'échéance, il faudra aussi reconnaître la compétence des tribunaux français, en vertu de la règle que nous avons posée (391). Si, au contraire, on admet que l'endossement dont il s'agit, ne saurait produire que les effets d'une cession de créance en la forme ordinaire, sans rendre le Français créancier direct du souscripteur, on devra également, du moins à notre avis, refuser au cessionnaire le droit d'invoquer le bénéfice de l'article 14 (391 *bis*).

On devrait d'ailleurs refuser au Français le bénéfice de cet article, s'il n'était en réalité qu'un mandataire agissant au nom d'un étranger (391 *ter*), ou si la cession apparente ne constituait qu'un acte frauduleux, dans le but de soustraire l'étranger à ses juges naturels (392).

152. — Des développements que nous venons de présenter, il résulte que l'article 14 ne peut être invoqué, à notre avis, qu'autant que l'obligation a pris naissance envers un Français, et que le demandeur possède encore cette qualité au jour de l'action ;

(390 *bis*) Douai, 25 janv. 1834 ; S., 47, 2, 6. — 14 août 1845 ; S., 47, 2, 5. — Lyon, 30 avril 1845 ; S., 46, 2, 190. — Civ. rej., 29 août 1854 ; S., 55, 1, 191. — Req. rej., 18 août 1856 ; S., 57, 1, 586. — *Contrà* : Douai, 1^{er} juil. 1822, rapporté en note, S., 47, 2, 2. — Rennes, 15 juil. 1844 ; S., 44, 2, 433. — V. aussi les *observations* de M. Devilleneuve sur ce dernier arrêt.

(391) Douai, 25 janv. 1834. — 14 août 1845. — Req. rej., 18 août 1856, cités à la note précédente.

(391 *bis*) V. les *observations* de M. Devilleneuve, sur deux arrêts de Douai, déjà cités ; S., 47, 2, 2.

(391 *ter*) Douai, 25 janv. 1834 ; S., 47, 2, 6. — 10 fév. et 2 mars 1853 ; S., 53, 2, 460 et 462. — Paris, 1^{er} mars 1856 ; S., 57, 2, 109. — 7 mai 1856 ; S., 58, 2, 41.

(392) Paris, 27 mars 1835 ; S., 35, 2, 218.

mais il sera toujours applicable, dès que ces conditions se trouveront remplies.

C'est ainsi que la Cour d'Aix a décidé, par un arrêt du 5 juillet 1833 (393), que l'assureur *pour compte de qui il appartient*, est réputé contracter, non-seulement avec le mandataire qui lui présente la police d'assurance, mais encore avec le propriétaire des objets assurés, de telle sorte qu'il est justiciable des tribunaux français, à raison de l'exécution de l'assurance, bien qu'il soit étranger, ainsi que l'assuré mandataire, si d'ailleurs le commettant est Français (394).

Plus récemment encore, une autre question non moins intéressante a été portée devant la même Cour. A la suite d'un abordage arrivé en pleine mer entre les deux navires anglais *Sardis* et *Thétis*, le *Sardis* fut coulé bas. Le navire perdu avait été assuré par une compagnie française, à laquelle le délaissement avait été signifié. L'assureur français intenta contre les armateurs et le capitaine anglais de la *Thétis* une instance en paiement du dommage causé, jusqu'à concurrence de la valeur assurée. Le tribunal de Marseille repoussa l'exception d'incompétence soulevée par les propriétaires de la *Thétis*; mais, sur l'appel, ce jugement fut infirmé par la Cour d'Aix, le 30 décembre 1869 (395). Il y eut pourvoi en cassation par la compagnie d'assurances, et, le 12 août 1872 (396), la Chambre civile cassa l'arrêt de la Cour d'Aix, et déclara que la compagnie française avait pu poursuivre l'étranger, auteur du préjudice, devant les tribunaux français.

La question revenait à celle-ci : l'assureur français d'un navire étranger a-t-il une action directe contre l'auteur étranger de l'abordage ?

(393) S., 34, 2, 143.—V. dans le même sens, trib. com. Marseille, 17 juin 1880; *J. dr. int.*, 1880, p. 574.

(394) Massé, t. I^{er}, n° 690. — Bonfils, n° 67 *ter*.

(395) S., 72, 1, 323.

(396) S., *loc. cit.*

La Cour d'Aix se prononça dans le sens de l'incompétence, par le motif que le Français ne pouvait appeler l'étranger en France que s'il était son créancier direct et immédiat, et non s'il ne faisait qu'exercer les droits qui appartenaient à un étranger auquel il avait été substitué. Or, d'après la Cour, l'assureur ne puiserait le droit d'agir que dans le délaissement qui lui a transporté tous les droits de l'assuré sur la chose assurée. Si ce motif était absolument vrai, nous serions de l'avis de la Cour; mais nous croyons, au contraire, que l'assureur a également une action directe contre l'auteur du préjudice, et peut invoquer contre lui le bénéfice de l'article 14. Voilà pourquoi nous approuvons l'arrêt de la Chambre civile. Les risques de la chose assurée sont, en effet, à la charge de l'assureur, à partir du jour du contrat. A dater de l'époque où court l'assurance, tout fait qui réalise le risque prévu, cause un préjudice personnel à l'assureur, en le mettant dans la nécessité d'acquitter envers l'assuré les obligations nées du contrat. Il agit donc en vertu d'un droit qui lui est propre, et dont le principe se trouve dans l'article 1382, C. civ. (397).

153. — Nous venons de nous occuper du cas où un Français agit en qualité d'héritier ou de cessionnaire d'un Français, ou d'un étranger. Il ne nous reste plus que quelques mots à ajouter pour le cas où l'action est intentée par un étranger, qui n'a pas été admis à la jouissance des droits civils, agissant en qualité de représentant, d'héritier ou de cessionnaire d'une autre personne.

Si l'étranger agit au nom et comme représentant d'un Français, il ne pourra actionner le débiteur étranger devant les tribunaux français. Il puise sans doute dans l'article 1166, C. civ. le droit d'exercer l'action qui appartient à son débiteur; mais

(397) Pardessus, *Dr. com.*, n° 595. — Alauzet, *Assur. marit.*, n° 478. — Deloynes; *Rev. critique*, 1877, t. VI, p. 644 et s. — Civ. cassat., 22 déc. 1852; S., 53, 1, 109. — *Contrà*: Paris, 19 mars 1840; S., 40, 2, 337.

le privilège de l'article 14 ne constitue pas une qualité de la créance, c'est une faveur accordée par loi aux nationaux, c'est un bénéfice attaché à la personne de Français, dont le créancier étranger ne saurait se prévaloir en vertu de l'article 1166.

154. — L'étranger ne peut incontestablement saisir la juridiction française, lorsqu'il se présente comme héritier ou cessionnaire d'un autre étranger, au profit duquel l'obligation a pris naissance.

Il ne le pourra davantage, alors même qu'il serait héritier d'un Français. Il est certain qu'il ne peut réclamer de son propre chef le bénéfice de l'article 14, qui doit être refusé à celui qui ne possède pas la qualité de Français au jour de l'action. C'est en vain aussi qu'il prétendrait avoir recueilli ce bénéfice dans la succession de son auteur, car le défunt n'avait pas un droit acquis à distraire le débiteur étranger de ses juges naturels; il n'avait qu'une simple espérance de cette faculté, espérance qui s'évanouit d'après la lettre, comme d'après l'esprit de l'article 14, lorsqu'il a perdu la qualité de Français, ou qu'après son décès l'instance se trouve introduite par un héritier qui n'a jamais eu cette qualité, ou l'a lui-même perdue au jour de la demande.

Ajoutons toutefois que l'héritier pourra continuer devant les tribunaux français l'instance engagée par le défunt, car la demande a été bien introduite; le juge a été valablement saisi *ab initio*, et l'action doit suivre son cours (398).

155. — Le privilège de l'article 14 devra également être refusé à l'étranger qui se serait rendu cessionnaire de la créance d'un Français contre un autre étranger. Il ne saurait s'en prévaloir de son propre chef, car ce serait dénaturer la pensée du législateur que d'étendre aux étrangers la faveur qu'il a voulu accorder seulement aux Français. Il ne saurait non plus s'en prévaloir du chef du cédant, car la faculté d'assigner le débiteur étranger

(398) Bonfils, n° 69. — Dal., *Répert.*, V° *Droit civil*, n° 281.

devant les tribunaux français, ne constitue pas une qualité inhérente à la créance, mais attachée à la personne du créancier (399).

On ne peut nous reprocher de donner une telle solution, pour le cas où il s'agit d'une créance cessible par voie d'endossement. Le souscripteur étant réputé avoir contracté directement avec le porteur qui est étranger, nous lui refusons le bénéfice de l'article 14, de même que nous l'avons accordé, pour ce motif, au Français cessionnaire par voie d'endossement de la créance appartenant à un étranger. Mais on nous accuse de donner deux solutions contradictoires, en refusant également le privilège de l'article 14 à l'étranger cessionnaire d'un Français, et au Français cessionnaire d'un étranger, alors qu'il s'agit d'une créance qui n'est pas cessible par voie d'endossement. En effet, selon M. Bodin (400), c'est au droit du cédant que l'on s'attache pour refuser au cessionnaire français le privilège de l'article 14; donc, c'est encore au droit du cédant qu'il faudrait s'attacher, pour accorder ce même privilège à l'étranger cessionnaire d'un Français.

Nous ne croyons pas, pour notre part, avoir mérité ce reproche, et voici en quelques mots le résumé de notre théorie. L'article 14 exige, selon nous, deux conditions pour qu'un débiteur étranger puisse être cité devant les tribunaux français : il faut d'abord que l'obligation ait pris naissance au profit d'un Français; il faut de plus que ce créancier ait conservé cette qualité au jour de l'action, puisque c'est là une faveur réservée aux seuls Français. De même, lorsque l'obligation est née au profit d'une personne et que l'action est exercée par une autre, agissant comme héritier ou cessionnaire de la première, il faut que la qualité de Français se rencontre à la fois chez le créancier primitif et chez

(399) Aubry et Rau, t. VIII, § 748 bis, n. 19. — Bodin, *Rev. pratique*, 1858, t. V, p. 154.

(400) *Rev. pratique*, *loc. cit.*

celui qui intente l'action. C'est en nous plaçant à ce point de vue, que nous avons refusé au Français cessionnaire d'un étranger le droit de citer en France le débiteur cédé. Nous ne nous attachons donc pas exclusivement au droit du cédant, comme paraît le croire M. Bodin; nous prétendons seulement qu'il doit avoir aussi la qualité de Français; nous disons que c'est là une condition nécessaire pour l'application de l'article 14, mais jamais nous n'avons prétendu que cette condition était suffisante et qu'il ne fallait considérer que la qualité du cédant. Il faut, nous le répétons, qu'il soit Français, aux termes de l'article 14; mais cela ne suffit pas, et un droit introduit uniquement au profit des nationaux, ne saurait être exercé qu'autant que la qualité de Français existe encore dans la personne de celui qui intente l'action. Voilà pourquoi nous refusons également à l'étranger, cessionnaire d'un Français, le droit d'invoquer le bénéfice de l'article 14.

156. — Remarquons que nous nous sommes placé exclusivement au point de vue de l'article 14, et du droit que l'étranger cessionnaire d'un Français voudrait y puiser de citer, malgré lui, le débiteur cédé devant les tribunaux français. Dans la dernière partie de notre étude, nous nous placerons à un autre point de vue, lorsque nous examinerons, d'une manière spéciale, la question de savoir si les tribunaux français ne peuvent pas, ou même ne doivent pas, dans certains cas, rendre la justice aux étrangers, comme aux sujets du pays.

SECTION III.

Contre qui peut-on invoquer l'article 14?

157. — L'article 14 est conçu dans les termes les plus généraux, et déclare que *l'étranger* défendeur est justiciable des tribunaux français. Aussi peut-on dire que cette disposition

s'applique, en principe, à tout étranger sans distinction, peu importe qu'il ait ou non connu, en fait, la nationalité du créancier. C'est à celui qui s'oblige à s'assurer de la qualité de la personne envers laquelle il prend un engagement. D'ailleurs, l'article 14, comme nous l'avons vu, n'est pas fondé sur l'interprétation de la volonté des parties et l'acceptation tacite de la juridiction française par l'étranger (401).

L'étranger peut toujours être assigné en France, quelle que soit la nation dont il fasse partie, sauf les exceptions apportées par certains traités qui ont été passés avec quelques Etats étrangers, et dont nous parlerons dans un paragraphe spécial.

158. — La circonstance que l'Etat étranger auquel appartient le défendeur, serait en guerre avec la France, n'empêcherait pas l'application de l'article 14, pas plus qu'elle n'enleverait à l'étranger le droit d'invoquer l'article 15 contre son débiteur français. La loi n'établit, en effet, à ce sujet, aucune suspension d'instance ni d'exercice d'action; l'article 14 contient une disposition générale, à laquelle il n'est fait aucune exception de la nature de celle dont il s'agit, et, dès lors, il faut l'appliquer pendant la guerre, aussi bien que pendant la paix. Du reste, les motifs sur lesquels est fondé ce privilège, acquièrent ici une force toute particulière, par suite des difficultés et des répugnances qu'éprouverait un Français à aller plaider devant les tribunaux d'un pays en guerre avec sa patrie.

Un arrêté du 19 messidor an XI défendit, il est vrai, l'exercice des actions, et suspendit les instances déjà engagées, relatives aux obligations contractées pour faits de commerce par des négociants Français envers des Anglais; mais l'existence même de cet arrêté, tout spécial à la nation anglaise, prouve que la règle générale n'est pas celle qu'il a édictée. Cet arrêté statuait d'ailleurs sur une hypothèse différente de la nôtre, puisqu'il était défavorable aux Anglais, en les privant momentanément de

(401) Paris, 3 juin 1872; S. 72, 2, 293.

l'exercice de leurs droits, tandis qu'il s'agit ici de savoir si un bénéfice introduit au profit des Français, peut leur être enlevé par le seul fait de l'état de guerre (402).

159. — Peu importe également, pour l'application de notre article, que le défendeur ait toujours été étranger, ou qu'il ne le soit devenu que par un fait postérieur à sa naissance; peu importe que l'engagement soit antérieur ou postérieur au jour où il a perdu la qualité de Français (403).

160. — L'étranger, même non résidant en France, peut être traduit devant nos tribunaux, et cela sans aucune distinction entre les obligations contractées en France et celles qui l'ont été à l'étranger (art. 14).

A plus forte raison serait-il soumis à la règle édictée par cet article, s'il avait sur notre territoire une résidence volontaire ou même forcée. C'est ainsi qu'il a été jugé autrefois qu'un Anglais, prisonnier de guerre, était justiciable des tribunaux français, à raison d'une lettre de change par lui souscrite en France (404). Le caractère de la résidence ne saurait influencer sur la solution de la question qui nous occupe, puisque l'étranger est soumis à la juridiction des tribunaux français, alors même qu'il n'aurait en France aucune résidence. Aucun texte ne permet de placer hors la loi commune le prisonnier de guerre, qui ne saurait d'ailleurs être regardé comme tel vis-à-vis des membres de l'Etat, considérés individuellement (405).

A plus forte raison encore, les tribunaux français seront-ils compétents à l'égard de l'étranger qui a établi en France le centre de ses intérêts, sans espoir de retour dans son pays; ou qui y a fixé son domicile avec l'autorisation du Gouvernement (art. 13, C. civ.). Ce dernier peut réclamer la juridiction de nos tribunaux

(402) Dal., *Répert.*, V^o *Dr. civil*, n^o 299.

(403) Fœlix, t. I, n^o 177.

(404) Paris, 16 germinal an XIII; Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n^o 348, 2^o.

(405) Bonfils, n^o 48. — Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n^o 260.

contre un autre étranger, car il est assimilé au Français, quant à la jouissance des droits civils; il est donc juste qu'il supporte les charges corrélatives à cette jouissance, et qu'il puisse, comme le Français, être traduit devant le tribunal français de son domicile. L'article 14, en tant qu'il s'applique à un étranger domicilié en France, n'est d'ailleurs que la consécration de la règle : *Actor sequitur forum rei*.

161. — Ajoutons enfin que la disposition de l'article 14 s'applique également à l'étranger, héritier testamentaire ou *ab intestat* d'un autre étranger ou d'un Français (406).

162. — La compétence exceptionnelle des tribunaux français n'a pas été établie seulement à l'égard des personnes individuelles, et les motifs mêmes sur lesquels repose cette disposition, prouvent, aussi bien que la généralité de son texte, que les personnes morales étrangères peuvent, comme les personnes physiques, être assignées devant les tribunaux de France, pour des obligations par elles contractées envers des Français. Les tribunaux français ont été souvent appelés à se prononcer sur des contestations dans lesquelles l'action était intentée contre une personne civile étrangère, et spécialement contre une compagnie ou société étrangère; et ils ont admis implicitement la règle que nous venons de poser, ou l'ont consacrée en termes exprès (407).

Nous avons vu, en parlant de l'article 15, que les sociétés étrangères en nom collectif ou en commandite pouvaient certainement ester en justice en France comme demanderesses. Elles pourront également être citées devant les tribunaux français, en vertu de l'article 14. Quant aux sociétés anonymes, nous avons vu quelles ont été les différentes phases de la législation et de la jurisprudence, en ce qui concerne leur capacité de

(406) Trib. civ. Seine, 28 déc. 1875; *Le Droit*, 12 janv. 1876.

(407) V. notamment, civ. cassat., 26 juillet 1853; S., 53, 1, 688. — 19 mai 1863; S., 63, 1, 353, et le réquisitoire de M. Dupin, procureur général — 14 nov. 1864; S., 65, 1, 135. — Amiens, 2 mars 1865; S., 65, 2, 210. — Paris, 9 mai 1865; S., 65, 2, 211.

faire valoir leurs droits en justice. Nous avons à rechercher maintenant si ces sociétés peuvent être assignées en France, sans avoir été, au préalable, autorisées par le Gouvernement français.

163. — Avant 1857, la jurisprudence française ne demandait pas aux sociétés anonymes étrangères la preuve de leur existence en France ; elle tenait en quelque sorte pour bonnes, les garanties acceptées par le Gouvernement étranger, et admettait ces sociétés à plaider devant nos tribunaux, tant en demandant qu'en défendant, sans exiger d'elles l'autorisation du Gouvernement français, comme le constatait le rapport fait sur la loi belge du 14 mars 1855.

Nous avons dit que telle n'était pas, selon nous, la règle à suivre avant 1857, et que l'autorisation du Gouvernement français était indispensable aux sociétés anonymes étrangères, pour qu'elles pussent agir et opérer en France comme personnes morales. Mais rien ne s'opposait à ce qu'elles fussent admises à plaider comme défenderesses devant nos tribunaux, ainsi que nous aurons l'occasion de l'établir un peu plus loin.

En 1857, un élément nouveau fut introduit dans le débat ; c'est la loi du 30 mai 1857, dont nous avons parlé, qui reconnaît le droit d'ester en justice en France, aux sociétés anonymes et aux associations commerciales, industrielles ou financières, qui sont soumises à l'autorisation du Gouvernement belge et qui l'ont obtenue, et dont l'article 2 donne au Gouvernement le pouvoir d'accorder le même bénéfice aux sociétés de tous autres pays, par décret rendu en Conseil d'Etat.

Il y a trois classes de sociétés anonymes qui pourront incontestablement être citées en France, en vertu de l'article 14 : ce sont celles qui ont reçu le droit d'opérer en France par un décret général, rendu pour toutes les sociétés d'un pays, en vertu de l'article 2 de la loi du 30 mai 1857 ; celles qui ont reçu le même droit par un décret spécial ; enfin, celles qui l'ont obtenu par un traité (408).

(408) Traité du 30 avril 1862 avec l'Angleterre.

Mais doit-il en être de même pour les sociétés qui n'ont été autorisées, ni par un décret, ni par un traité, à exercer leurs droits en France? Cette question est analogue à celle qui se posait pour les sociétés anonymes de tous les pays, avant 1857. Nous avons dit que depuis 1857, comme auparavant, la société anonyme étrangère, non autorisée, ne pouvait, d'après les principes du droit international privé, être admise à opérer en France sans une autorisation du Gouvernement français. La jurisprudence elle-même a consacré cette solution, par argument *a contrario* de la loi du 30 mai 1857, bien qu'avant cette époque, elle admît ces sociétés à agir en France sans aucune autorisation. Mais est-ce à dire que ces sociétés doivent être considérées en France comme complètement inexistantes, et notamment, de ce qu'elles ne peuvent agir comme demanderesses, en vertu de l'article 15, faut-il en conclure que des Français ne pourront les actionner devant les tribunaux français, aux termes de l'article 14, pour l'exécution des obligations qu'elles ont contractées envers eux?

Quelques Cours avaient d'abord reculé devant toute distinction, et avaient décidé que la société anonyme étrangère, non autorisée, était incapable de plaider en France, même comme défenderesse (409). Mais, à côté de cette doctrine absolue, ne tarda pas à s'en former une autre, plus favorable aux intérêts des nationaux. Tout en refusant à ces sociétés le droit d'agir elles-mêmes comme demanderesses, on admit cependant la validité des poursuites dirigées contre elles devant les tribunaux français. C'est en ce sens que paraît s'être fixée la jurisprudence, depuis l'arrêt de la Chambre civile, du 19 mai 1863 (410), qui cassa,

(409) Aix, 17 janv. 1861; S., 61, 2, 335. — Rennes, 26 juin 1862; S., 63, 1, 353. — Paris, 15 mai 1863; S., 63, 1, 353, note.

(410) S., 63, 1, 353. Il faut lire, sur cette question, le long réquisitoire de M. Dupin, dans lequel il combat point par point les arguments de la Cour de Rennes, et fait notamment ressortir toute l'injustice de son système.

dans l'intérêt de la loi, et sur les conclusions conformes du procureur général Dupin, l'arrêt de la Cour de Rennes, du 26 juin 1862. Il y avait, dans l'espèce, un autre motif qui suffisait à lui seul pour justifier l'arrêt de la Cour; car il s'agissait d'une société constituée en Angleterre, qui se trouvait habilitée à plaider devant nos tribunaux par le traité du 30 avril 1862, intervenu entre la France et l'Angleterre. Mais la Cour ne se contente pas de ce motif; elle ajoute que, comme association de fait, la société resterait soumise, en tant que défenderesse, à la juridiction des tribunaux français, alors même qu'on admettrait qu'un traité est impuissant à lui donner l'existence légale qu'elle ne saurait puiser que dans un décret, rendu conformément à la loi du 30 mai 1857 (411).

De telles sociétés n'ont pas, sans doute, une existence légale en France; elles ne forment pas des personnes civiles, capables d'actionner en justice et de faire valoir leurs droits devant les tribunaux français; mais l'impossibilité de se présenter comme demanderesses, en qualité de personnes morales, n'entraîne pas nécessairement l'impossibilité de comparaître comme défenderesses, en tant qu'associations de fait. Elles ne peuvent agir en France, puisqu'elles ne forment pas des êtres distincts de leurs membres, aux yeux de la loi française. Si elles le pouvaient, il n'y aurait plus de différence réelle entre elles et les sociétés étrangères qui ont été dûment autorisées. Mais, d'un autre côté, en ne se munissant pas de l'autorité du Gouvernement français, elles ont commis une négligence qui ne saurait, sans injustice, les soustraire à l'exécution de leurs obligations. Autrement, ce serait retourner contre les Français les garanties que la loi a prises en leur faveur; ce serait aboutir à cette conséquence étrange, qu'une société aurait pu exister en fait pour s'obliger

(411) Civ. cassat., 14 nov. 1864, deux arrêts; S., 65, 1, 135 et 136. — Amiens, 2 mars 1865; S., 65, 2, 210. — Paris, 9 mai 1865; S., 65, 2, 211. — Paris, 8 nov. 65; S., 66, 2, 118.

envers des Français, mais qu'elle deviendrait tout à coup une ombre insaisissable, quand il s'agirait de la contraindre à exécuter les obligations résultant de ses contrats, de ses délits ou quasi-délits. La loi de 1857 n'a pas établi d'autre règle, car elle a eu seulement pour but de permettre aux sociétés étrangères de se faire reconnaître, afin de pouvoir faire valoir leurs droits en France.

Cette doctrine est d'ailleurs en harmonie avec celle qui a été consacrée plusieurs fois par la jurisprudence sur deux autres questions. Elle a décidé, en effet, que la nullité des sociétés commerciales françaises, comme personnes morales, n'en laissait pas moins subsister une communauté d'intérêts, une association de fait. Elle a décidé également que le défaut d'autorisation des communautés religieuses ne les empêchait pas de constituer des sociétés de fait, responsables envers les tiers des engagements par elles contractés (412).

164. — Cette doctrine peut toutefois rencontrer quelques difficultés dans l'application. C'est ainsi, par exemple, qu'on peut se demander si une société anonyme étrangère, dépourvue d'autorisation en France et actionnée devant nos tribunaux, pourra former une demande reconventionnelle ou appeler un tiers en garantie, bien qu'elle n'ait pas le droit, en principe, de plaider comme demanderesse? Nous n'hésitons pas à lui reconnaître ce droit, car la demande reconventionnelle n'est, en réalité, qu'une

(412) Lyon-Caen, *Condition des sociétés étrangères en France*, n° 61 et 63. — Aubry et Rau, t. I^{er}, § 54, n. 25; et t. VIII, § 748 *bis*, n. 20. — Rataud, *Rev. critique*, t. XXVI, p. 1 et suiv. — Bonfils, n° 31. — *J. dr. int.*, 1878, p. 631. — *Contrà*: Ballot, *Rev. pratique*, t. XVII, p. 90. — Cpr., sur les sociétés commerciales françaises annulées, civ. cassat., 19 mars 1862. — 13 mai 1862; S., 62, 1, 825 et 828. — Cpr., sur les communautés religieuses, Orléans, 30 mai 1857; S., 57, 2, 488. — Civ. cassat., 30 déc. 1857; S., 58, 1, 225. — Paris, 8 mars 1858; S., 58, 2, 145. — Clamageran, *Rev. pratique*, 1857, t. III, p. 399 et suiv. — *Contrà*: Aix, 27 janv. 1825; C. n., 8, 2, 16.

sorte de défense à l'action principale, et l'appel en garantie n'est que la conséquence de l'action intentée contre le garanti. Or, comme le fait justement remarquer M. Lyon-Caen (413), il est équitable que celui qui peut être valablement actionné devant un tribunal, ait la capacité de faire tous les actes qui doivent servir à sa défense, ou qui découlent, comme une conséquence nécessaire, de la demande intentée contre lui.

165. — De ce que ces sociétés ne valent que comme sociétés de fait, il ne faut pas toutefois conclure que le Français qui veut les poursuivre, soit obligé de mettre en cause tous les actionnaires ; car ce serait entraver et quelquefois même paralyser l'exercice de son action ; d'un autre côté, la société ne saurait se prévaloir de sa négligence pour soutenir qu'il y a lieu de faire abstraction complète de ses statuts. Si elle n'a pas de représentants légaux, elle a, du moins, des représentants de fait, dans la personne de ceux qui ont traité en son nom, et qui doivent être soumis à la juridiction des tribunaux français, par le fait des contrats qu'ils ont passés en cette qualité (414).

166. — Nous savons maintenant contre quelles personnes peut être invoqué le bénéfice de l'article 14. Notons, en terminant, que si l'étranger, personne physique ou morale, a été déclaré en faillite, c'est contre le syndic que devront être dirigées les actions des créanciers français (415). La faillite étrangère a, en effet, pour conséquence de créer au failli une situation juridique dont il faut tenir compte en France. Le failli se trouve, par là,

(413) *Op. cit.*, n° 64.

(414) Lyon-Caen, *op. cit.*, n° 66. — Clamageran, *Rev. pratique, loc. cit.*, p. 426.

(415) Nous nous plaçons ici au point de vue de la doctrine de ceux qui prétendent que la faillite, déclarée à l'étranger, n'a pas pour effet de suspendre les poursuites individuelles des créanciers français et ne les empêche pas de saisir de leurs demandes les tribunaux français. Nous reviendrons sur cette question, en examinant la véritable portée de l'article 14.

dépouillé de l'administration de ses biens; les intérêts de la masse des créanciers sont désormais placés entre les mains du syndic, qui doit, en cette qualité, plaider en France, tant en demandant qu'en défendant, alors même que le jugement étranger de faillite n'aurait pas été déclaré exécutoire en France (416).

167. — Telles sont les personnes contre lesquelles le Français peut invoquer le bénéfice de l'article 14. Il nous reste encore à examiner, sur ce point, une question de la plus haute importance: celle de savoir si cette disposition s'applique à une certaine classe d'étrangers que nous avons mis à part, à raison de leur caractère particulier; nous voulons parler des Etats étrangers, de leurs souverains et de leurs représentants, c'est-à-dire des agents diplomatiques.

Etats étrangers. — Les Etats étrangers peuvent-ils être poursuivis devant les tribunaux français; et, plus spécialement, car c'est ainsi que la question se présente presque toujours dans la pratique, les tribunaux français sont-ils compétents pour valider une saisie-arrière pratiquée en France sur des sommes dues à un Gouvernement étranger, par un Français, créancier de ce Gouvernement?

Cette question a soulevé de vives controverses parmi les auteurs; mais l'incompétence de nos tribunaux a été proclamée par la jurisprudence, et, pour notre part, nous approuvons complètement cette dernière solution. Nous ne prétendons pas que, par le seul fait d'un contrat passé avec un Etat étranger, le Français doit être réputé avoir renoncé au bénéfice de l'article 14, car c'est là une question de fait et d'intention, et nous discutons une question de droit. Ce serait d'ailleurs faire une pétition de

(416) Trib. civ. Mons, 14 fév. 1874; *J. dr. int.*, 1875, p. 447. — Trib. com. Marseille, 20 déc. 1876; *op. cit.*, 1877, p. 424. — *Contrà*: Colmar, 11 mars 1820; C. n., 6, 2, 224. — Le jugement de faillite, envisagé comme un document qui constate un état de fait, doit valoir, en effet, même avant d'avoir été rendu exécutoire. Carle, *Faillite dans le droit international privé*, traduit et annoté par M. Dubois, n° 34. (V. n° 25.)

principe, puisque nos adversaires soutiennent précisément qu'un tel contrat n'emporte pas renonciation à l'article 14, et que toujours le Français peut se prévaloir de cette disposition de faveur, quel que soit l'étranger contre lequel il dirige ses poursuites. Ce que nous prétendons, c'est que le Français, qu'il le veuille ou qu'il ne le veuille pas, n'a pas le droit de poursuivre un Gouvernement étranger devant les tribunaux français. Au-dessus du droit civil, qui prétend trouver sa force dans la règle générale de l'article 14, il faut placer ici les principes supérieurs du droit des gens. S'il est une doctrine universellement admise par les publicistes, c'est assurément celle de la souveraineté et de l'indépendance des Etats. Vouloir imposer la juridiction française à un Gouvernement étranger, le traduire à la barre de nos tribunaux, comme le dernier des particuliers, ce serait la négation même de la condition d'indépendance dans laquelle les Etats sont placés les uns vis-à-vis des autres. Chaque Etat a ses lois administratives, ses règles spéciales sur la comptabilité des deniers publics, et ce n'est pas aux juges français qu'il appartient de décider si le Gouvernement étranger se trouve régulièrement engagé en vertu de ces lois.

L'étude des travaux préparatoires nous montre, en effet, que les principes du droit des gens doivent ici l'emporter sur la règle du droit civil, et que l'article 14 n'a pas été fait pour l'hypothèse qui nous occupe en ce moment. Dans la séance du Conseil d'Etat du 6 messidor an IX, M. Boulay présenta la première rédaction du chapitre sur les étrangers, composé de deux sections dont la deuxième était intitulée : *Des étrangers revêtus d'un caractère représentatif de leur nation*, et comprenait un article 11, ainsi conçu : « Les étrangers revêtus d'un caractère représentatif de leur nation, en qualité d'ambassadeurs, de ministres, d'envoyés, ou sous quelque autre dénomination que ce soit, ne seront point traduits, ni en matière civile, ni en matière criminelle, devant les tribunaux de France. — Il en sera de même des étrangers qui composeront leur famille ou qui seront de leur

suite » (417). Après une légère discussion, cette disposition fut retranchée du projet, comme étrangère au droit civil et comme appartenant au droit des gens. Si un tel respect couvre et protège les représentants des Gouvernements étrangers, les Gouvernements eux-mêmes ne sauraient jouir de moins de faveur, et se voir assimilés à de simples particuliers.

Mais alors, objecte M. Demangeat (418), si l'article 14 ne parle que des particuliers, il en sera de même des autres articles, placés dans le livre intitulé : *Des personnes* ; de telle sorte que l'article 8, par exemple, qui donne à tout Français la jouissance des droits civils, sera inapplicable à l'Etat français ; de telle sorte encore qu'en vertu de l'article 15, un Gouvernement étranger ne pourra poursuivre en France son débiteur français.

Non, nous n'avons jamais soutenu que tous les articles placés dans le livre intitulé : *Des personnes*, ne parlaient que des particuliers. Ce que nous prétendons seulement, c'est que, quand il s'agit d'un Etat étranger, les règles applicables aux rapports des particuliers entre eux, doivent faire place aux principes d'un ordre supérieur, consacrés par le droit des gens. Les travaux préparatoires montrent, nous venons de le voir, que telle a bien été l'intention des rédacteurs du Code civil. Sans doute, l'Etat étranger peut citer son débiteur français devant nos tribunaux, mais c'est que nos magistrats sont les juges naturels de ce dernier, qui ne saurait se plaindre d'être soumis à leur juridiction ; c'est que, en dehors même de tout texte législatif, on ne devrait pas méconnaître le principe reconnu par toutes les nations civilisées, qui veut qu'on ne repousse pas l'étranger qui vient demander justice à nos tribunaux. D'ailleurs, si nous écartons l'application de l'article 14, c'est qu'il nous paraît contraire à l'indépendance d'un Etat, qu'il puisse être traduit, malgré lui, devant une juridiction étrangère. Au contraire, quand l'Etat

(417) Locré, *Code civil*, t. II, p. 45, n° 21.

(418) *Rev. pratique*, t. I^{er}, p. 396.

joue le rôle de demandeur, il se soumet lui-même à cette juridiction, et doit subir les conséquences de cette soumission volontaire. C'est à lui de voir si son intérêt commande une telle conduite, sans que sa dignité en soit blessée; mais il n'appartient pas au législateur français de lui imposer une juridiction qui n'émane pas de sa souveraineté.

Sans doute encore, le Français que l'article 14 a eu pour but de soustraire à la juridiction des tribunaux étrangers, a un intérêt d'autant plus grand à pouvoir invoquer ici ce bénéfice, qu'il se trouve en présence d'un adversaire plus redoutable. Cependant, si l'on comprend jusqu'à un certain point que le législateur ait consacré une pareille faveur au profit des nationaux, alors qu'ils n'ont en face d'eux que l'intérêt d'autres particuliers, sauf à provoquer des mesures de rétorsion, on comprend aussi que l'intérêt du Français, quelque favorable qu'il soit, ait cédé devant un principe d'ordre supérieur, alors qu'il a pour adversaire un Etat étranger, et qu'il s'agit ainsi de jeter dans les rapports internationaux des éléments propres à en gêner le développement, et peut-être à en rompre l'harmonie.

Qu'arrivera-t-il, en définitive, si un Etat étranger est jugé et condamné par nos tribunaux? De deux choses l'une : ou bien cet Etat n'a pas en France de biens, de valeurs qui puissent répondre de la condamnation : dans ce cas, nous nous trouvons en face d'une justice impuissante, et l'on pourra refuser d'exécuter un tel jugement à l'étranger, quand bien même un traité rendrait les jugements français exécutoires dans ce pays, car le juge a toujours le pouvoir d'examiner s'il ne renferme rien de contraire à l'ordre public. Ou bien on fera main-basse sur ses finances, sur ses deniers, qui seront ainsi détournés de leur destination, et c'est alors qu'apparaîtra l'atteinte à la souveraineté, atteinte des plus graves par les résultats qu'elle peut entraîner. M. Demangeat, qui a vivement combattu notre doctrine, reconnaît lui-même que ces dangers existent; mais il n'en est pas ému. « C'est là du fait et non du droit ! » s'écrie le savant auteur. Cette considéra-

tion nous paraît cependant mériter moins de dédain, et nous croyons que, dans cette matière délicate qui touche à la question irritante des rapports diplomatiques, le rôle des tribunaux est de veiller à l'observation des principes, de la façon la plus utile aux intérêts de la société (419).

Notre conclusion est donc, que les tribunaux français ne sont pas compétents pour valider une saisie-arrêt pratiquée sur des sommes ou valeurs appartenant à un Etat étranger (419 *bis*).

168. — Puisque l'Etat étranger n'est pas justiciable des tribu-

(419) Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, n. 21. — Demolombe, t. I^{er}, n° 251 *bis*. — Fœlix, t. I^{er}, n° 212. — Carré et Chauveau, Quest. 1923 *bis*. — Dal., *Répert.*, Vo *Dr. civil*, n° 295. — *Rev. dr. int.*, t. IV, p. 350, note. — Devilleneuve, S., 1849, 1, 81, note. — *Observations*, sous le même arrêt; Dal., 49, 1, 5. — Ballot, *Rev. dr. franç. et étrang.*, 1847, t. IV, p. 755. — Mailher de Chassat, *Traité des Statuts*, p. 249. — Note de M. Louis Renault; S., 77, 2, 25. — Todros, *Rev. de législat.*, 1852, t. 45, p. 370. — Rolin-Jacquemyns, à propos d'un ouvrage de M. Becker, avocat du barreau de Paris, qui soutient une doctrine contraire; *Rev. dr. int.*, 1875, t. VII, p. 714. — Paris, 7 janv. 1825; Dal., 49, 1, 5, note, 1^{re} espèce. — Trib. civ. du Havre, 25 mai 1827; Dal., *loc. cit.*, 2^e espèce. — Trib. civ. Seine, 2 mai 1828; Dal., *loc. cit.*, 3^e et 4^e espèces. — Trib. civ. Seine, 16 avril 1847; Dal., *loc. cit.*, 5^e espèce. — Civ. cassat., 22 janv. 1849; Dal., 49, 1, 5. — Trib. com. Seine, 11 avril 1867; Dal., 67, 2, 49, note. — Trib. civ. Seine, 1^{er} mai 1867; Dal., *eod. loc.* — Nancy, 31 août 1871; Dal., 71, 2, 207. — Trib. civ. Seine, 3 mars 1875; S., 77, 2, 25. — *Contrà*: Legat, p. 306 et 307. — Demangeat, *Rev. pratique*, 1856, t. I^{er}, p. 394; et, sur Fœlix, t. I^{er}, p. 418, n. a. — Note de M. Royer; Dal., 67, 2, 49. — *Pétition* de M. Vergé au Sénat français; *Rev. dr. int.*, t. I^{er}, p. 283. — Pau, 6 mai 1845; Dal., 49, 1, 7. Cet arrêt a été cassé par l'arrêt de la Cour suprême du 22 janvier 1849, ci-dessus indiqué. — Cpr. Bonfils, n° 57. Cet auteur ne reconnaît la compétence des tribunaux français pour valider la saisie quant au fond, que dans le cas où la créance du Français est certaine et incontestable. Dans l'hypothèse contraire, le juge ne peut valider la saisie que quant à la forme, et le Français doit faire statuer par les tribunaux étrangers compétents sur la réalité de sa créance contre le Gouvernement étranger.

(419 *bis*) Cette question faisait déjà, paraît-il, l'objet de controverses dans notre ancien droit. V. Note de M. Devilleneuve; S., 49, 1, 81.

naux français, on ne peut non plus citer en justice les agents de cet Etat, alors du moins qu'ils n'ont pas d'autre qualité dans l'instance, et qu'ils ne sont poursuivis que comme mandataires du Gouvernement étranger. C'est ainsi qu'un banquier qui, en qualité d'agent financier, a été chargé par un Gouvernement étranger de l'émission et du service d'un emprunt, n'est pas obligé personnellement envers les tiers souscripteurs. Il n'est, en principe, qu'un mandataire; mais, dans l'exécution de son mandat, il peut se trouver obligé personnellement vis-à-vis des tiers, en les déterminant, par exemple, à souscrire, au moyen de manœuvres tendant à leur inspirer, sur les garanties offertes par l'Etat emprunteur, une fausse opinion sans laquelle ils n'auraient pas souscrit; ou bien encore, en les engageant par son imprudence et sa témérité dans une entreprise non sérieuse (420). Dans ces circonstances et autres semblables, les tribunaux français seront compétents pour connaître de l'action intentée par les souscripteurs contre le banquier, et fondée sur l'engagement personnel de cet agent. Le Gouvernement étranger n'est plus alors partie à cet engagement, et, par conséquent, le banquier ne saurait invoquer, comme fin de non-recevoir contre cette action, le principe du droit des gens qui consacre l'indépendance réciproque des Etats. Le banquier pourra, sans doute, avoir à exercer un recours contre le Gouvernement, à raison des condamnations qui pourront être prononcées contre lui, et le principe du droit des gens dont nous venons de parler, sera un obstacle à la compétence du tribunal français; mais il n'en résulte pas que ce même tribunal soit également incompétent, alors qu'il ne s'agit que de statuer sur la demande principale dirigée contre les agents du Gouvernement étranger, en leur qualité de débiteurs personnels et directs (421).

(420) Paris, 22 mars 1877; Dal., 79, 2, 40.

(421) Paris, 25 juin 1877; Dal., 79, 1, 57. — Le 14 août 1878, la Chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt et fondé sur des motifs étrangers à la question de compétence. Dal., 79, 1, 61.

169. — Si, en principe, les tribunaux français ne sont pas compétents pour statuer sur les demandes formées contre un Etat étranger, celui-ci peut renoncer à ce bénéfice et consentir à se soumettre à leur juridiction, comme il peut accepter la loi de son cocontractant (422). Il peut donc consentir à plaider comme défendeur devant nos tribunaux, et renoncer ainsi au privilège attaché à son caractère.

L'Etat étranger pourra également accepter la juridiction française, en se portant demandeur contre son débiteur français, et en déférant lui-même la question litigieuse aux magistrats de notre pays. Par cette action, nous pensons qu'il renonce tacitement à son privilège, en ce qui concerne les demandes reconventionnelles qui pourront être formées par le Français défendeur. Dès que l'Etat étranger se présente volontairement devant le tribunal de son cocontractant, par là même il reconnaît à ce dernier le droit de faire valoir tous ses moyens de défense devant cette juridiction, et, par suite, le droit de proposer des demandes reconventionnelles qui ne sont que des moyens de repousser la demande principale.

Remarquons enfin que tous les immeubles, alors même qu'ils appartiennent à un Etat étranger, sont régis par la loi française, et que le juge français sera compétent pour les actions réelles, relatives à ces biens. Cette exception n'est elle-même qu'un hommage rendu au principe de la souveraineté, sur lequel est fondée l'incompétence générale de nos tribunaux vis-à-vis des Gouvernements étrangers (423).

170. — La jurisprudence française n'est d'ailleurs pas la seule à proclamer le principe de l'incompétence des tribunaux nationaux à l'égard des Etats étrangers. Une solution semblable a été donnée par les tribunaux de Belgique, où se retrouvait le

(422) Trib. civ. Seine, 3 mars 1875; S., 77, 2, 25. — V. aussi les observations de M. Louis Renault qui accompagnent ce jugement.

(423) Carré et Chauveau, t. IV, Quest., 1923 bis. — Dal., 49, 1, 5, note.

même article 14, qui a été remplacé par l'article 52 de la loi du 25 mars 1876, dont nous aurons l'occasion de parler à propos des législations étrangères (424).

Le 21 septembre 1876, M. le Président du tribunal de commerce d'Anvers avait rendu une ordonnance, par laquelle il autorisait la saisie, sur le Gouvernement turc, d'un certain nombre de canons Krupp expédiés d'Essen. Le saisissant réclamait des dommages-intérêts pour inexécution d'une convention passée entre lui et le représentant du Gouvernement ottoman. Une autre ordonnance de saisie fut rendue, le 18 octobre, en faveur d'une autre personne qui se prétendait également créancière de ce Gouvernement. M. Germain Spée, avocat à Anvers, soutint la validité des saisies et la compétence des tribunaux belges à l'égard des Etats étrangers, dans une longue consultation, rapportée au *Journal de droit international privé* (425). L'incompétence a, au contraire, trouvé un défenseur dans M. Franz von Holtzendorff, professeur à l'Université de Munich (426), dont les conclusions ont été adoptées par le tribunal civil d'Anvers, dans son jugement du 11 novembre 1876 (427). Après avoir établi que l'article 14 ne s'applique pas aux Etats étrangers, puisque, selon les déclarations faites lors de la rédaction du Code, les représentants de cet Etat eux-mêmes ne sont pas justiciables des tribunaux belges ; qu'une doctrine contraire serait en opposition avec le principe primordial du droit public international, qui proclame toutes les nations également indépendantes, le tribunal ajoute « qu'en vain la défenderesse objecte qu'elle se verra donc livrée à la merci du Gouvernement étranger avec lequel elle a contracté, car cette objection pourrait être faite par tous ceux qui traitent avec des personnages revêtus d'un caractère diploma-

(424) *Annuaire de législ. étrang.*, t. VI, p. 467.

(425) *J. dr. int.*, 1876, p. 329 et 435.

(426) *Op. cit.*, p. 431.

(427) *Eod. op.*, p. 340, note.

tique, par ceux-là mêmes qui, sans avoir fait aucun traité, arriveraient à être lésés par des délits ou des quasi-délits, imputables à l'un ou à l'autre des agents couverts par le bénéfice de l'extraterritorialité... que d'ailleurs, le Gouvernement ne pourrait se soustraire aux obligations qu'il a contractées, sans perdre en même temps sa considération et son crédit... » (427 bis).

Le 4 août 1877, la Cour de Bruxelles a, il est vrai, reconnu sa compétence pour statuer sur une demande formée contre des agents qui avaient été les intermédiaires du Gouvernement péruvien pour ses emprunts. Mais cette décision ne porte aucune atteinte au principe posé par le tribunal d'Anvers, car la Cour a repoussé l'exception d'incompétence, en se fondant uniquement sur ce que les demandeurs invoquaient un engagement personnel dont les défendeurs auraient été tenus envers eux, par suite de contrats ou de quasi-délits. En l'absence de cet engagement personnel, l'incompétence aurait dû être proclamée, comme elle l'a été par le tribunal d'Anvers, devant lequel le débat se présentait dans des termes différents (428).

171. — L'intérêt général des nations a fait également créer différentes immunités en faveur de certains fonctionnaires publics d'un Etat étranger, dont le caractère s'oppose à ce qu'ils soient soumis en France à la juridiction de nos tribunaux, comme de simples particuliers.

Il nous faut rechercher quelle est, au point de vue de la juridiction, l'étendue de ces immunités, en ce qui concerne les souverains étrangers, les agents diplomatiques et les consuls des nations étrangères.

Souverains étrangers. — Les principes sur lesquels repose la solution que nous avons précédemment donnée, en ce qui concerne les Gouvernements étrangers, nous conduisent également

(427 bis) V. cependant, Gand, 14 mars 1879; *J. dr. int.*, 1881, n° I-II, p. 82.

(428) *Op. cit.*, 1878, p. 515.

à décider que les tribunaux français sont incompétents pour statuer sur les demandes dirigées contre un souverain étranger, à raison d'actes par lui passés en cette qualité, et comme représentant du Gouvernement. La sujétion des souverains à la juridiction française porterait, en effet, une atteinte directe à l'indépendance de l'Etat étranger que la France doit respecter, comme elle peut exiger le respect de celle qui lui est propre.

Pour le souverain, comme pour l'Etat qu'il représente, cette solution est donc commandée par les principes du droit des gens. Mais cette exception à la règle générale de l'article 14 doit être restreinte dans les limites que lui assignent les motifs qui la justifient. Il faudra donc, au contraire, reconnaître la compétence des tribunaux français, toutes les fois que le souverain sera poursuivi à raison d'actes qu'il aura accomplis, non plus comme chef de la puissance publique, mais comme simple particulier, dans son intérêt privé et pour donner satisfaction à ses besoins personnels. Dans de telles circonstances, le principe de l'indépendance des Etats ne se trouve nullement violé par l'application de l'article 14, dont la règle reprend tout son empire.

C'est dans le sens de cette distinction que s'est prononcée la jurisprudence, appelée, il y a quelques années, à statuer sur des demandes intentées contre des souverains étrangers. C'est ainsi que, le 23 août 1870, la Cour de Paris a décidé que sa Majesté le Czar n'avait pu être poursuivi devant le tribunal de la Seine, en réparation d'un acte arbitraire du Gouvernement russe (429). Le 15 mars 1872, la même Cour, persévérant dans sa propre jurisprudence, a cassé un jugement du tribunal civil de la Seine, du 24 novembre 1871 (430), et décidé que les héritiers de Maximilien, empereur du Mexique, n'avaient pu être assignés, en cette qualité, devant ce tribunal, en paiement du reliquat d'une somme due à M. Lemaître, fabricant de décorations et d'ordres

(429) S., 71, 2, 6.

(430) S., 71, 2, 225.

français et étrangers (431). Le tribunal avait rejeté l'exception d'incompétence, opposée par les défendeurs, en déclarant que les souverains étrangers sont soumis à la juridiction française, quand ils contractent personnellement et à titre privé (431 *bis*.) La Cour de Paris ne s'est pas séparée du tribunal sur la question de principe ; mais elle a estimé qu'une commande de décorations, destinées à être distribuées à ceux qui ont reçu, pour prix de services publics, la collation d'un ordre, était de la part d'un souverain un acte d'administration publique.

D'un autre côté, trois mois plus tard, la Cour de Paris (432) confirmait un jugement du tribunal civil de la Seine, qui s'était reconnu compétent pour connaître d'une action intentée contre l'ex-reine d'Espagne, Isabelle, par les frères Mellerio, bijoutiers français, pour différentes fournitures faites avant et après la révolution de 1868. Pour échapper à la demande de ses créanciers, la défenderesse aurait dû, en effet, justifier que les objets qui figuraient aux factures, avaient été acquis par elle en sa qualité de souveraine, et pour le compte de la liste civile espagnole. Or, il résultait des indications produites, que les bijoux avaient été fournis à l'ex-reine, soit pour son usage particulier, soit pour des cadeaux destinés à différentes personnes, et notamment à sa fille, la princesse de Girgenti, à l'occasion de son mariage. D'ailleurs, le trésor madrilène ne possède pas de diamants de la couronne, comme cela résulte de la loi espagnole du 12 mai 1865, qui, parmi les biens de la liste civile dont le souverain peut jouir en usufruit, ne mentionne aucun bijou, ni diamant, à l'usage de sa personne (433).

(431) S., 72, 2, 68.

(431 *bis*) *Contrà* : Trib. civ. Bruxelles, 3 nov. 1870 ; *Rev. dr. int.*, 1872, t. IV, p. 153. Ce jugement décide que les engagements du souverain étranger échappent à la juridiction belge, même quand il agit comme simple particulier.

(432) 3 juin 1872 ; S., 72, 2, 293.

(433) Sur l'immunité de juridiction dont jouit le souverain étranger,.

172. — Nous ne pouvons que renvoyer à ce que nous avons dit ci-dessus, en parlant de l'Etat étranger, pour le cas où le souverain consentirait à se soumettre à la juridiction française, ou intenterait lui-même une action devant un tribunal français (434). Rappelons également que l'exemption de juridiction ne s'étend pas aux immeubles possédés en France par un souverain étranger. Ces immeubles restent soumis à la loi française (art. 3, C. civ.), et c'est également devant les tribunaux français que doivent être portées les actions qui, à raison de leur caractère réel, sont de la compétence du juge de leur situation (435).

173. — *Agents diplomatiques.* — Les nations communiquent entre elles par l'intermédiaire de mandataires, chargés de négocier et de traiter en leur nom, et de soutenir leurs intérêts et leurs droits. Dès que l'on reconnaissait la nécessité de cette représentation plus ou moins solennelle du souverain, il était également indispensable de créer, au profit des représentants eux-mêmes, une situation exceptionnelle, susceptible de leur garantir, d'une manière aussi complète que possible, l'indépendance et la sécurité dont ils ont besoin pour le libre accomplissement de leur mission. L'exemption de la juridiction locale est assurément l'un des plus considérables de ces privilèges diplomatiques, à la sauvegarde desquels les nations sont toutes intéressées, en vertu des droits et des devoirs réciproques qui les unissent. Il a été admis, en effet, comme un principe certain du droit des gens, que l'agent diplomatique n'est pas justiciable des

V. Aubry et Rau, t. VIII, § 748 bis, n. 21. — Dal., *Répert.*, V^o *Dr. civil*, n^o 295. — Bonfils, n^o 389. — Fœlix, t. I^{er}, n^o 209, et les nombreux auteurs qu'il cite. — De Martens, *Droit des gens*, t. I^{er}, § 92 ; t. II, § 172 et la note. — Wheaton, *Dr. int.*, 1873, t. III, p. 420. — Bluntschli, *Dr. int. codifié*, 2^e édit., p. 121, n^o 139 et la note ; et p. 123, n. b. — Klüber, *Dr. des gens moderne*, § 58.

(434) Bluntschli, *op. cit.*, p. 123, n. c.

(435) Bonfils, n^o 394. — Bluntschli, *op. cit.*, p. 123, n. a.

tribunaux qui rendent la justice au nom du souverain près duquel il est accrédité (436).

M. Pinheiro-Ferreira refuse cependant aux ambassadeurs l'exemption de la juridiction civile. Selon lui, il n'est pas loisible au Gouvernement de mettre à néant les justes prétentions que le créancier peut faire valoir contre un diplomate, sans quoi il serait obligé d'indemniser ce citoyen, et de se charger du paiement des dettes du ministre public (437). Mais il ne s'agit pas ici, comme on pourrait le croire d'après ce passage, de dispenser l'ambassadeur de l'obligation de payer ses dettes; il s'agit seulement des moyens d'arriver à l'exécution de cette obligation, et de la compétence du juge pour statuer sur les litiges auxquels elle peut donner lieu.

174. — Tout en admettant le principe de l'indépendance des ministres publics étrangers, on cherchait autrefois à le limiter et à le circonscrire par des exceptions qui en diminuaient singulièrement les effets, dit Merlin (438). Ce principe du droit des gens a été reconnu d'une manière formelle, à la suite de réclamations adressées par le corps diplomatique au ministre des affaires étrangères, à propos d'un décret du 13 octobre 1789, déclarant « que, dans tous les cas où le salut de l'Etat est compromis, il n'y a pas de lieux privilégiés. » L'Assemblée constituante déclara, par une décision du 11 décembre 1789, que,

(436) Massé, t. I^{er}, n° 444. — Wheaton, *op. cit.*, t. I^{er}, § 14, p. 199. — Vattel, t. III, liv. IV, chap. VII, § 92; chap. VIII, § 110 et chap. IX, § 117. — Klüber, *op. cit.*, §§ 204 et 209. — De Martens, *op. cit.*, t. II, § 216; et *Guide diplomatique*, t. I^{er}, § 31. — Fœlix, t. I^{er}, n° 211. — De Belleyne, *Ord. sur requêtes et sur référés*, t. I^{er}, p. 182. — Bluntschli, *op. cit.*, art. 147 et 218. — Bonfils, n° 395 et s. — Paris, 29 juin 1811; C. n., 3, 2, 514. — 5 avril 1813; C. n., 4, 2, 286. — V. aussi, Paris, 19 mai 1829; C. n., 9, 2, 266. — Les prérogatives diplomatiques ont même été reconnues au ministre public dans le pays qu'il ne fait que traverser pour se rendre à son poste. Fœlix, t. I^{er}, n° 211, p. 417. — Trib. civ. Seine, 1^{er} déc. 1840; S., 41, 2, 148.

(437) De Martens, *Droit des gens*, t. II, note sur le § 216.

(438) V. les documents rapportés au *Répert.*, V^o *Ministre public*.

dans aucun cas, elle n'avait entendu porter atteinte, par ses décrets, aux immunités des ambassadeurs et ministres étrangers (438 *bis*). Ce principe a encore été consacré par un décret de la Convention nationale, du 13 ventose an II. Après avoir interdit à toute autorité constituée d'attenter, en aucune manière, à la personne des envoyés des Gouvernements étrangers, ce décret porte « que les réclamations qui pourraient s'élever contre eux, seront portées au Comité de salut public, qui seul est compétent pour y faire droit » (439). Un arrêté du 22 messidor an XIII décida que ce serait devant le ministre des affaires étrangères (440). La Convention n'avait pas par là substitué une juridiction à une autre; mais elle indiquait que la voie diplomatique était la seule à suivre pour donner satisfaction aux intérêts privés qui se trouveraient lésés (441).

Nous avons déjà eu l'occasion de dire que, lors de la présentation par M. Boulay de la première rédaction du chapitre II, sur les étrangers, ce chapitre comprenait un article 11 qui défendait de traduire devant les tribunaux de France, en matière civile ou criminelle, les étrangers revêtus d'un caractère représentatif de leur nation, ainsi que les membres de leur famille ou de leur suite. Cette disposition fut retranchée, et l'on donna comme motif de cette suppression, qu'elle appartenait au droit des gens, et qu'il n'y avait pas lieu de s'en occuper dans une loi qui n'était que de régime intérieur (442).

175.— Nous n'avons pas à traiter ici, d'une manière spéciale, des immunités des agents diplomatiques. Cependant, il n'est pas inutile de se demander quel est le fondement de cette protection particulière, qui consiste à assurer leur inviolabilité et à les

(438 *bis*) Fœlix, t. I^{er}, n° 216.

(439) Fœlix, *loc. cit.*

(440) Fœlix, *eod. loc.*

(441) Demangeat, *J. dr. int.*, 1875, p. 91.— Note de M. Vergé, sur de Martens, t. II, § 216.

(442) Locré, t. I^{er}, p. 580, n° 11, et t. II, p. 46.

affranchir de certaines règles, auxquelles sont assujettis les autres étrangers, et notamment de la juridiction des tribunaux français.

Les uns se bornent à dire que l'agent diplomatique est censé résider toujours sur le territoire du souverain qui l'accrédite près du Gouvernement français. Mais cette fiction, qui a l'avantage de frapper vivement les esprits, ne saurait justifier l'immunité de l'agent diplomatique, au point de vue qui nous occupe; puisque nous avons vu qu'aux termes de l'article 14, un étranger peut être poursuivi devant les tribunaux français, alors même qu'il ne résiderait pas en France.

Selon d'autres publicistes, il y aurait un contrat tacite passé entre le ministre public et le Gouvernement près duquel il est accrédité : il s'obligerait à respecter les lois du pays, et, de son côté, le souverain s'engagerait à lui donner une protection spéciale, et à l'exempter de la juridiction locale. Cette autre fiction peut être invoquée dans des cas particuliers, et c'est en se fondant sur la protection due à la personne de l'agent diplomatique, abstraction faite du souverain qu'il représente, que l'on doit refuser à un Etat le droit d'agir par représailles contre les agents d'un autre Etat qui lui refuse réparation. Toutefois, une pareille fiction nous paraîtrait dangereuse, en tant que l'on voudrait en faire le fondement principal des immunités diplomatiques.

L'autorité publique doit, sans doute, protéger tous les étrangers qui habitent le territoire, mais ce devoir lui incombe surtout à l'égard de ces personnes, et une protection toute particulière est due aux agents diplomatiques, à raison même de la société des nations et des rapports nécessaires qui doivent exister entre elles. Chaque nation trouve d'ailleurs son intérêt dans la consécration de ces privilèges, sans lesquels le ministre public ne pourrait librement remplir ses importantes fonctions. Ce caractère inviolable se lie à l'indépendance même et à l'égalité des Etats entre eux. L'agent diplomatique est le représentant de son

Gouvernement, sur lequel un souverain étranger n'a, ni supériorité ni juridiction. « Le même droit des gens, dit Vattel, qui oblige les nations à admettre les ministres étrangers, les oblige aussi manifestement à recevoir ces ministres avec tous les droits qui leur sont nécessaires, tous les privilèges qui assurent l'exercice de leurs fonctions. Il est aisé de comprendre que l'indépendance de la juridiction doit être l'un de ces privilèges. Sans elle, la sûreté si nécessaire au ministre public ne sera que précaire; on pourra l'inquiéter, le persécuter, le maltraiter sous mille prétextes... Il importe qu'il n'ait point de juges à redouter, qu'il ne puisse être distrait de ses fonctions par aucune chicane » (443).

« Le droit des gens, dit encore Montesquieu, a voulu que les princes s'envoyassent des ambassadeurs, et la raison, tirée de la nature de la chose, n'a pas permis que ces ambassadeurs dépendissent du souverain chez qui ils sont envoyés, ni de ses tribunaux. Ils sont la parole du prince qui les envoie, et cette parole doit être libre. Aucun obstacle ne doit les empêcher d'agir... » (444).

176. — Telles sont les raisons générales qui justifient, selon nous, le principe de l'immunité diplomatique. Il nous reste à en déterminer la portée et le caractère, en ce qui concerne spécialement l'exemption de la juridiction, en matière civile et commerciale.

Du fondement même que nous avons reconnu à cette immunité, il résulte qu'elle pourra être invoquée, lorsque l'agent envoyé chez nous par un Gouvernement étranger, se trouvera être un Français; car il est manifeste que les raisons que nous avons indiquées, s'appliquent à cette hypothèse, aussi bien que dans le cas où l'agent est étranger.

(443) *Droit des gens*, t. III, liv. IV, chap. VII, § 92, et chap. VIII, § 110.

(444) *Esprit des lois*, liv. XXVI, chap. XXI.

C'est dans ce sens que la question a été tranchée par le tribunal civil de la Seine, il y a quelques années. Plusieurs porteurs d'obligations de la république de Honduras avaient assigné devant ce tribunal des membres de la commission de l'emprunt de Honduras, parmi lesquels se trouvait M. Herran, qui, tout en reconnaissant qu'il était resté Français, demanda la nullité de l'assignation lancée contre lui, en se fondant sur sa qualité de ministre plénipotentiaire de la république de Honduras. A son audience du 21 janvier 1875, le tribunal de la Seine rendit un jugement (445) par lequel il déclara nulle l'assignation donnée à Herran. « Attendu, dit le tribunal, que, s'il est vrai qu'il a conservé sa qualité de Français, il n'en jouit pas moins des immunités diplomatiques inhérentes à la fonction dont il est investi, et qu'il serait contraire au droit des gens et à l'indépendance réciproque des nations, que le représentant de l'une d'elles fût justiciable des tribunaux du pays où il représente un Etat souverain... Par ces motifs, déclare nulle l'assignation donnée à Herran » (446).

Vattel fait à cet égard une distinction : il admet que le ministre d'une Puissance étrangère, qui est en même temps sujet de l'Etat, ne peut prétendre à l'indépendance que dans les choses qui appartiennent directement à son ministère. Quels que puissent être les inconvénients de la sujétion d'un ministre au souverain près duquel il est employé, si le prince étranger veut s'en contenter et avoir un ministre sur ce pied-là, c'est son affaire, dit Vattel, il ne pourra se plaindre quand son ministre sera traité comme sujet (447).

En fait, il sera souvent difficile de distinguer ce qui appartient directement ou indirectement au ministère de l'agent diplomatique, et nous croyons, avec M. Demangeat (448), que cette doc-

(445) Confirmé par Paris, 30 juin 1876; S., 77, 2, 17.

(446) *J. dr. int.*, 1875, p. 90. — Wheaton, édit. 1864, t. I^{er}, p. 200.

(447) *Op. cit.*, t. III, liv. IV, chap. VIII, § 112.

(448) *J. dr. int.*, 1875, p. 91.

trine n'est pas en harmonie avec les motifs mêmes qui ont fait établir le principe de l'immunité diplomatique. Il n'y a aucune raison décisive pour distinguer entre les ministres publics, et refuser à certains d'entre eux ce qui est regardé comme la condition de leur indépendance. Ils doivent tous être traités de la même manière, puisque tous ont le même caractère représentatif. Pourquoi d'ailleurs présumer que l'Etat étranger a consenti à restreindre l'étendue des prérogatives attachées aux fonctions de son représentant? Ne peut-on pas présumer, au contraire, que la réception d'un régnicole, comme ministre d'une autre nation, sans aucune réserve expresse, doit être considérée comme emportant suspension des effets attachés à la qualité de Français, et renonciation tacite au droit de juridiction sur ce sujet (449)? Il est possible que ces privilèges aient, dans notre hypothèse, plus d'inconvénients que dans d'autres. Le créancier de ce ministre se trouvera dans une situation embarrassante; mais l'intérêt privé doit toujours céder devant un intérêt public d'ordre supérieur. Le créancier pourra du reste s'adresser au Gouvernement français, pour que celui-ci fasse valoir sa réclamation auprès du Gouvernement étranger. Les considérations de fait qu'on peut faire valoir, ne sauraient d'ailleurs modifier une règle fondamentale du droit des gens; elles prouvent seulement que le Gouvernement doit se montrer très-circonspect, et ne pas autoriser facilement un Français à remplir auprès de lui des fonctions diplomatiques.

177. — Le ministre public ne pourra-t-il cependant jamais être traduit devant un tribunal de France? Ne faut-il pas établir certaines distinctions, d'après la nature et le but des actes par lui accomplis? Quelques auteurs décident que l'agent diplomatique n'est pas indépendant des tribunaux français, lorsque l'action intentée n'a aucun lien avec la mission dont il est chargé, et spécialement, lorsqu'il est débiteur d'un Français par suite

(449) Bonfils, n° 421.

d'actes de commerce (450). Selon d'autres auteurs, on ne pourrait, même dans ce cas, s'adresser directement à la personne du ministre, mais seulement procéder à la saisie des choses ou valeurs relatives à son commerce, ce qui n'est, en réalité, qu'une voie détournée à laquelle ils ont recours, pour obtenir justice contre le ministre public dans les hypothèses dont il s'agit (451).

Nous croyons plus conforme aux motifs sur lesquels reposent les privilèges diplomatiques, de décider que le ministre public ne saurait être soumis à la juridiction française, même en matière commerciale. Cette solution nous semble commandée, en effet, par la nécessité de laisser à cet agent la liberté, l'indépendance la plus absolue, pour le facile accomplissement de ses importantes fonctions. Il faut, comme le dit Vattel, qu'il n'ait point de juges à redouter, qu'il ne puisse être distrait de ses fonctions par aucune chicane (452).

Un jugement du tribunal de commerce de la Seine, du 15 janvier 1867 (453), a cependant consacré une distinction entre les actes se rattachant aux fonctions diplomatiques, et les actes de commerce faits dans un intérêt privé, se refusant d'étendre l'immunité aux actes de la seconde classe. Sur l'appel, la Cour de Paris se déclara, au contraire, incompétente (454). Il est à remarquer toutefois que la Cour ne se prononce pas sur la question de l'application, en matière commerciale, du principe de l'immunité diplomatique. Il s'agissait, en effet, d'un conseiller de l'ambassade russe à Paris, qui, dans l'intérêt de son Gouvernement, avait fourni les fonds destinés à la fondation d'un jour-

(450) Bonfils, n° 407 et 409. — Vergé, sur de Martens, t. II, § 217. — Massé, t. Ier, n° 685 *ter*.

(451) Vattel, *op. cit.*, t. III, liv. IV, chap. VIII, § 114. — Dal., *Répert.*, V° *Agent diplomatique*, n° 110. — De Martens, *Guide diplomatique*, t. Ier, p. 110. — Merlin, *Répert.*, V° *Ministre public*, sect. 5, § 4, art. 6 et 7.

(452) *Op. cit.*, t. III, liv. IV, chap. VII, § 92, et chap. VIII, § 110.

(453) S., 68, 2, 202.

(454) 12 juil. 1867; S., 68, 2, 201.

nal. Il y avait donc là un traité ayant un caractère tout autre que celui d'une spéculation commerciale, faite dans un intérêt privé, et cela suffisait pour qu'il bénéficiât de l'immunité de juridiction, abstraction faite du point de savoir si, d'une manière générale, cette exemption s'étend ou non aux opérations commerciales. Mais le ministère public n'avait pas hésité à se prononcer sur la question en thèse générale. Repoussant la distinction faite par le tribunal, M. l'avocat général Descoutures disait : « La distinction adoptée par les premiers juges n'a pas de raison d'être. Et, en effet, quelle que soit la cause de l'obligation contractée, qu'elle soit civile ou commerciale, dès qu'on le traduit devant un tribunal français pour l'exécution de cette obligation, on viole son immunité, son droit, devrais-je dire, car on le trouble dans l'exercice de sa fonction, on porte atteinte à sa liberté. Or, s'il ne peut pas en être ainsi, si le tribunal est incompetent dans le cas où il s'agit d'une obligation civile, pourquoi serait-il compétent dans le cas où il s'agit d'une obligation commerciale, puisque les conséquences sont les mêmes, puisque le trouble est le même, et puisque, après tout, celui qui traite commercialement avec un ambassadeur ou un agent diplomatique, ne peut pas ignorer sa fonction, sa qualité, et les privilèges particuliers, professionnels, si j'ose parler ainsi, qui s'y rattachent » (455).

Cette solution se trouve également consacrée par un jugement du tribunal de la Seine, du 21 juin 1875, confirmé par un arrêt de la Cour de Paris, du 30 juin 1876 (456), qui déclare que le ministre public, représentant un Gouvernement étranger, ne saurait être justiciable des tribunaux français, même relativement aux actes qu'il peut avoir accomplis comme personne privée (457).

(455) S., 68, 2, 203. — V. aussi la *note*, sous l'arrêt de Paris du 12 juillet 1867; S., 1868, 2, 201.

(456) S., 77, 2, 17.

(457) Cpr. Paris, 21 août 1841; S., 41, 2, 592.

178. — Les biens de l'agent diplomatique participent également aux immunités dont jouit sa personne, et aucune saisie ne peut avoir lieu sur son mobilier pour des dettes contractées avant ou pendant le cours de sa mission (458).

Il s'est élevé, à ce sujet, des difficultés entre la Prusse et les Etats-Unis. M. Wheaton, ministre plénipotentiaire des Etats-Unis près de S. M. le roi de Prusse, avait loué un appartement à Berlin. Le propriétaire demandait des dommages-intérêts pour de prétendus dégâts donnant lieu à réparation locative, et s'opposait au transport de certains meubles qui garnissaient encore l'appartement loué. M. le baron de Werther, alors ministre des affaires étrangères, soutint que la seule question à examiner était celle de savoir quels droits le contrat de bail avait établis entre M. Wheaton et le propriétaire de la maison louée, et que, pour trancher cette question, il n'existait d'autre règle que le droit civil du pays, c'est-à-dire le Code général de Prusse, d'après lequel le bailleur jouit des droits du créancier gagiste sur les choses et effets apportés par le locataire. On répondait, avec raison, que c'était là placer les membres du corps diplomatique sur le même pied que les sujets du pays, ce qui est inadmissible en présence des principes consacrés par le droit des gens. En vain prétendait-on qu'en faisant le contrat de bail, l'agent diplomatique s'était tacitement soumis aux conditions du droit commun, car cette adhésion aux règles communes pourrait toujours être présumée dans tous les actes faits par cet agent. C'est, au contraire, le propriétaire qui loue sa maison à un ministre étranger, qui est censé renoncer à son privilège sur les meubles du ministre, puisqu'il sait qu'il est exempt de ce privilège à raison de

(458) V. sur cette immunité, Fœlix, t. I^{er}, n^o 211. — Bluntschli, *op. cit.*, n^o 139, 153 et 218. — Vergé, sur De Martens, t. II, § 217. — Wheaton, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 200, § 15, et p. 203, § 17. — De Martens, *Dr. des gens*, t. II, § 216, et *Guide diplomatique*, § 31. — Vattel, *op. cit.*, t. III, liv. IV, chap. IX, § 119. — Klüber, *op. cit.*, § 204 et 209.

sa qualité (459). La prétention du ministre des Etats-Unis était certainement bien fondée, et il n'y a aucune exception à établir, en faveur du bailleur, au principe général qui défend de saisir le mobilier de l'agent diplomatique.

La même immunité protège également l'hôtel dont l'agent est propriétaire et qu'il habite dans la ville de sa résidence (460). Mais les auteurs autorisent généralement la saisie des biens qui n'appartiennent pas au ministre en sa qualité, c'est-à-dire des immeubles autres que son hôtel, et des objets mobiliers destinés à son commerce (461).

La solution contraire nous paraît cependant plus conforme aux principes du droit des gens, et au fondement sur lequel repose l'immunité diplomatique. Nous avons admis, en effet, que, conformément à ces principes, et par suite de l'indépendance qui lui est nécessaire pour l'accomplissement de ses fonctions, l'agent diplomatique ne pouvait être soumis à la juridiction des tribunaux français, même en matière commerciale. Permettre cette saisie, ce serait réellement le priver de l'immunité à laquelle il a droit. Les tribunaux seraient compétents pour tout ce qui se rattache à la saisie, et l'on arriverait, par une voie détournée, à le soumettre à la juridiction de nos tribunaux.

179. — L'immunité dont nous parlons, n'existe pas seulement au profit de tout agent diplomatique ayant un caractère représentatif; elle s'étend également à sa femme et aux membres de sa famille qui résident avec lui. Les liens qui l'unissent à sa

(459) Fœlix, *Rev. dr. franç. et étrang.*, 1845, t. II, p. 37 et suiv. — De Martens, *Guide diplomatique*, t. I^{er}, p. 100, § 1.

(460) Vergé, sur de Martens, t. II, § 217. — Wheaton, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 200, § 15. — Klüber, *op. cit.*, § 204 et 207. — Bluntschli, *op. cit.*, n° 150. — Fœlix, t. I^{er}, n° 213.

(461) Vergé, sur de Martens, *loc. cit.* — Wheaton, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 203, § 17. — Klüber, *op. cit.*, § 210. — De Martens, *Guide diplomatique*, t. I^{er}, p. 102, § 31. — Bluntschli, *op. et loc. cit.* — Dal., *Répert.*, V^o *Agent diplomatique*, n° 110 et s.

famille sont, en effet, trop étroits et trop puissants pour qu'il puisse jouir d'une indépendance complète, alors qu'il serait menacé dans la personne de l'un de ses membres (462).

180. — Il faut en dire autant de tous ceux qui composent la suite officielle du ministre, et concourent à des titres divers, mais d'une manière effective, à la mission diplomatique, tels que les secrétaires d'ambassade ou de légation, conseillers, attachés d'ambassade, etc... Cette extension des privilèges diplomatiques est nécessaire pour que la mission puisse être librement accomplie (463).

181. — Un certain nombre de publicistes vont plus loin encore, et reconnaissent le même privilège au profit des gens de la maison du ministre, tels que son secrétaire particulier et ses serviteurs. Ces personnes n'ont pas, sans doute, de privilège personnel, mais ceux du maître leur sont en quelque sorte communiqués. « Si les domestiques et toute la maison d'un ministre étranger ne dépendaient pas uniquement de lui, dit Vattel, on sent avec quelle facilité il pourrait être molesté, inquiété et troublé dans l'exercice de ses fonctions » (464). Ces

(462) Bonfils, n° 422. — Wheaton, *op. cit.*, t. I^{er}, § 15 et 16. — Vattel, *op. cit.*, t. III, liv. IV, chap. IX, § 121. — Vergé, sur de Martens, t. II, § 217 et 234. — Foelix, t. I^{er}, n° 209 et 211. — Paris, 21 août 1841; S., 41, 2, 592.

(463) Bonfils, n° 423. — Vattel, *op. cit.*, t. III, liv. IV, chap. IX, § 120, 122 et 123. — Klüber, *op. cit.*, §§ 188 à 191, 204, 209 et 212. — De Martens, *Guide diplomatique*, t. I^{er}, p. 104, § 32, et *Précis de droit des gens*, t. II, p. 155 et 176. — Wheaton, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 202, § 16, et p. 218, § 19. — Bluntschli, *op. cit.*, p. 125, art. 145 et 147. — Massé, t. I^{er} n° 685 *ter*. — Foelix, t. I^{er}, n° 209 et 211. — Paris, 9 avril 1866; S., 66, 2, 232. — 12 juil. 1867; S., 68, 2, 201.

(464) *Op. et loc. cit.* — Klüber, *op. cit.*, § 188, p. 246. — Bluntschli, *op. et loc. cit.* — Wheaton, *op. et loc. cit.* — De Martens, *Précis du droit des gens*, t. II, p. 156, § 237. — Vergé, sur de Martens, *loc. cit.* — Nous n'admettons toutefois cette solution que dans l'hypothèse où les personnes dont il s'agit ne sont pas de nationalité française.

personnes n'ayant pas par elles-mêmes le caractère diplomatique, pourront être abandonnées par le maître à la juridiction des tribunaux du pays (465).

Il est certain d'ailleurs qu'aucun Etat n'est tenu d'étendre le bénéfice de l'immunité diplomatique à tous ceux qui, sans être au service du ministre, s'efforceraient de se mettre sous sa protection ; car ce serait là un véritable abus. Wheaton fait du reste remarquer que les lois civiles de quelques nations, et les usages de la plupart veulent qu'une liste officielle des personnes de la suite du ministre étranger, soit par lui communiquée au secrétaire d'Etat, ou au ministre des affaires étrangères, pour les faire jouir du bénéfice attaché à son caractère public (466).

182. — L'immunité de juridiction dont nous venons de parler n'est cependant pas absolue, et il est des cas où le ministre public sera, comme tout autre étranger, justiciable des tribunaux français.

C'est ce qui arrivera, en ce qui concerne les actions ayant pour objet des droits réels sur des immeubles situés en France, et cela par la force des choses et en vertu du principe de la souveraineté territoriale de la France.

C'est ainsi encore qu'il devra subir toutes les conséquences de son action, lorsqu'il aura lui-même saisi les juges du pays de la connaissance du litige. Il pourra alors être assigné en paiement des frais auxquels il sera condamné, par suite du rejet de sa demande. Il devra également accepter la juridiction locale, quand il sera intimé, sur l'appel d'un jugement par lui obtenu. C'est ainsi encore qu'il devra répondre au défendeur, lorsque celui-ci se constituera reconventionnellement demandeur, sur l'action par lui intentée devant les tribunaux français (467).

(465) Bluntschli, *op. cit.*, p. 126, nos 149 et 219. — Vergé, sur de Martens, *loc. cit.* — Wheaton, *op. et loc. cit.* — *Crim. rej.*, 11 juin 1852; *Dal.*, 52, 1, 192.

(466) *Op. cit.*, t. I^{er}, p. 202, § 16. — Klüber, *op. cit.*, p. 246, n. b.

(467) Merlin, *Répert.*, V^o *Ministre public*, sect. 5, § 4, art. 8 et 10. — *Dal.*, *Répert.*, V^o *Agent diplomatique*, n^o 115 et 123. — De Martens,

183.— Dans ces dernières hypothèses, la soumission à la juridiction locale est la suite inévitable du droit qu'il a d'agir et de plaider en demandant pendant le temps de son ambassade. Mais cette question de renonciation au privilège diplomatique peut se présenter sous un autre aspect, et l'on peut se demander si le ministre public, assigné devant les tribunaux du pays où il réside, peut accepter leur compétence et consentir à jouer le rôle de défendeur. En 1841, la Cour de Paris a décidé que l'incompétence de nos tribunaux à l'égard de l'agent diplomatique, constituait une règle d'ordre public, à laquelle il n'était pas possible de renoncer (468). Des auteurs ont prétendu que le ministre d'un Etat étranger ne pouvait renoncer au privilège qui le protège, sans le consentement de son souverain (469).

Nous croyons que l'agent diplomatique peut renoncer au privilège dont il est revêtu. On n'a pas voulu, sans doute, qu'une atteinte pût être portée à l'indépendance d'un Etat, dans la personne de son représentant, et l'on a craint les inconvénients très-graves qui auraient pu en résulter pour ses fonctions. Mais cette atteinte n'existe plus et ces inconvénients ne sont plus à craindre, lorsqu'il s'agit d'une demande formée par ce mandataire, qui a pu en mesurer d'avance toutes les conséquences. Il en est de même, quand il consent à jouer le rôle de défendeur, alors qu'il aurait pu, en vertu de sa seule qualité, repousser l'action dirigée contre lui. Il nous semble que l'on satisfait à toutes les convenances internationales, en faisant cette réserve que l'exécution de la sentence ne pourra porter atteinte à la

Guide diplomatique, t. I^{er}, p. 103. — Vattel, *op. cit.*, t. III, liv. IV, chap. VIII, §§ 111 et 115. — Fœlix, t. I^{er}, n^o 214. — Klüber, *op. cit.*, p. 273, § 210. — Wheaton, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 200. — Bonfils, n^o 403. — Cpr. Bluntschli, *op. cit.*, p. 123, n. a et c.

(468) S., 41, 2, 592.

(469) Vattel, *op. cit.*, t. III, liv. IV, chap. VIII, § 111. — Fœlix, *loc. cit.* — De Martens, *Guide diplomatique*, t. I^{er}, p. 103.

liberté de la personne du ministre, ni s'étendre aux objets indispensables à l'exercice de ses fonctions (470).

184. — Mais la renonciation du ministre au droit de proposer l'incompétence du tribunal français peut-elle s'induire de certains faits ? Il résulte d'un jugement du tribunal de la Seine, qu'un conseiller de la légation de Portugal à Paris fut considéré comme ayant implicitement renoncé à l'exemption de juridiction, par suite de plusieurs circonstances relevées dans ce jugement, qui fut confirmé par un arrêt de la Cour de Paris, du 14 août 1857 (471).

Remarquons toutefois qu'une pareille théorie ne devra être appliquée qu'avec une très-grande réserve, et alors qu'il ne pourra s'élever aucun doute sur la renonciation de l'agent diplomatique. Autrement, on arriverait à décider que le seul fait de la part du ministre d'avoir passé un contrat en France avec un Français, devrait le soumettre, comme un simple sujet du pays, à toutes les conséquences du contrat. C'est, en effet, sur une raison de ce genre que se fondait le Gouvernement prussien, pour prétendre que M. Wheaton, ministre des Etats-Unis, devait subir l'exercice du droit du propriétaire de son hôtel sur ses meubles, droit résultant du contrat de bail passé avec ce propriétaire. Pour réfuter cette théorie, il suffisait de répondre ce qui fut répondu au ministre prussien, c'est-à-dire que ce serait là effacer le privilège de l'agent diplomatique, et faire disparaître l'indé-

(470) Villefort; *Rev. critique*, 1858, t. XII, p. 124 et s. — Cpr. Bluntschli, *op. cit.*, p. 123, n° 218. — M. de Martens (*Guide diplomatique*, p. 103, note) rapporte qu'en 1854 une action fut intentée à Londres contre le secrétaire de la légation belge, M. Drouet, comme directeur d'une société de mines anglo-belges. Il accepta la citation dans la personne de son avocat, mais, plus tard, refusa de continuer le procès, en alléguant sa qualité diplomatique. Le juge, M. Maule, tout en reconnaissant l'exemption, en principe, décida cependant qu'il ne pouvait plus s'en prévaloir, parce qu'il avait accepté la première citation.

(471) *Rev. critique*, 1858, t. XII, p. 132 et 133.

pendance et la sécurité qui lui sont nécessaires pour remplir sa mission, et qu'après tout, celui qui a traité avec cet agent ne saurait se plaindre, puisqu'il a connu ou dû connaître la qualité de son cocontractant, et les privilèges qui y sont attachés.

185. — *Consuls.* — Indépendamment des agents diplomatiques, les Etats étrangers entretiennent en France des fonctionnaires qui portent le nom de consuls, et qui sont chargés de protéger les nationaux du Gouvernement qui les nomme, de veiller à la conservation de leurs droits, et de remplir auprès d'eux certaines fonctions de police, d'administration et de juridiction. Ils ont droit, sans doute, à une certaine protection et à certaines immunités, par respect pour l'Etat qui les envoie, et parce que certaines prérogatives sont indispensables pour l'accomplissement de leur mission; mais ce ne sont pas des agents diplomatiques. « Comme ceux-ci, dit Fœlix, les consuls tiennent leur mandat directement du souverain, mais les deux mandats n'ont pas le même caractère, et de cette différence dérive la diversité des positions. Le consul ne représente pas son souverain; il est simplement un agent de son Gouvernement, chargé de protéger les intérêts commerciaux de ses concitoyens dans le pays où il est établi. Aussi, sa nomination ne s'adresse pas directement au souverain étranger, comme celle du ministre; les pouvoirs à lui conférés par son souverain, sont soumis à l'*exequatur* du Gouvernement, dans le territoire duquel il exerce ses fonctions » (472).

Il en résulte que le consul n'a pas droit, d'une manière absolue, à toutes les prérogatives attachées à la qualité d'agent diplomatique, représentant du souverain qui l'envoie, et spécialement, en ce qui concerne la juridiction, il reste, en principe, soumis aux tribunaux du pays dans lequel il remplit ses fonctions (473).

« (472) T. I^{er}, n^o 215.

(473) De Martens, *Guide diplomatique*, t. I^{er}, §§ 69 et 72. — *Précis du droit des gens*, t. I^{er}, § 148, p. 370. — Vergé, sur de Martens, t. I^{er}, § 147, p. 364. — Klüber, *op. cit.*, § 173 et 174. — Fœlix, t. I^{er}, n^{os} 215 et 220.—

186. — Il en serait autrement, dans le cas particulier où un consul aurait à remplir une mission diplomatique, et aurait agi comme le représentant de son Gouvernement. Il serait alors admis, en cette qualité, à décliner la juridiction des tribunaux du pays (473 bis). Cette distinction est clairement établie par un jugement du tribunal de la Seine, du 21 janvier 1875. « Attendu, en ce qui touche Pelletier, que, s'il a le droit d'exercer librement les fonctions de consul, il est justiciable des tribunaux français pour tous ses faits personnels... Attendu que, s'il soutient que c'est en sa qualité officielle qu'il a accompli les faits qui lui sont reprochés, il est constant que ce n'est pas là une exception de nullité d'assignation, mais une défense au fond que le tribunal aura à apprécier, lorsqu'il statuera sur le fond du débat, et qui, si elle est justifiée, fera disparaître les allégations sur lesquelles se fondent les demandeurs pour obtenir une condamnation personnelle... » (474).

Massé, t. 1^{er}, nos 445 et 446. — Wheaton, *op. cit.*, t. 1^{er}, § 22, p. 223. — Bluntschli, *op. cit.*, p. 166, n° 267. — Pardessus, *Dr. com.*, n° 1448. — Merlin, *Répert.*, V° *Consul français*, § 2, n° 4. — Vattel, *op. cit.*, t. 1^{er}, § 34, p. 622. — De Belleyme, *Ord. sur requêtes et sur référés*, t. 1^{er}, p. 182. — Bonfils, nos 427 et 429. — Aix, 14 août 1829; C. n., 9, 2, 322. — Montpellier, 23 janv. 1841; S., 41, 2, 193. — Paris, 28 avril 1841; S., 41, 2, 544. — 25 août 1842; S., 42, 2, 372. — Rennes, 25 juil. 1849; S., 50, 2, 34. — Crim. rej., 23 déc. 1854; S., 54, 1, 811. — Paris, 2 mars 1868; S., 69, 2, 332. — Trib. civ. de Nice, 30 nov. 1875; *J. dr. int.*, 1877, p. 143. — Trib. com. de la même ville, 15 mai 1875, confirmé par Aix, 25 janv. 1876; *op. cit.*, 1877, p. 226. — *Contrà*: Pinheiro-Ferreira, sur de Martens, § 147, et les autorités citées par Vergé, sur le même auteur. — Trib. civ. Seine, 1^{er} déc. 1840; S., 41, 2, 148. — V. aussi la note sous ce jugement, et les auteurs qui y sont indiqués.

(473 bis) Arrêt de la Cour de cassation, du 9 vendémiaire an IX; Merlin, *Répert.*, V° *Consul étrang.*, n° 3.

(474) *J. dr. int.*, 1875, p. 90, confirmé par Paris, 30 juin 1876; S., 77, 2, 17. — V. dans le même sens, Vergé, sur de Martens, *loc. cit.* — De Martens, *Guide diplomatique*, t. 1^{er}, § 72. — Massé, t. 1^{er}, §§ 448 et 451. — Fœlix, t. 1^{er}, n° 215. — Bordeaux, 20 mai 1829; C. n., 9, 2, 267. — Trib. com. Nantes, 8 déc. 1869; Dal., 70, 3, 119.

187. — De cette différence que nous venons de signaler entre l'agent diplomatique et le consul, il résulte également que ce dernier reste soumis, en principe, aux mêmes voies d'exécution que les autres étrangers (475).

188. — Il est évident d'ailleurs que les règles générales que nous venons de poser, en ce qui concerne les consuls, sont susceptibles de recevoir des modifications par suite de traités passés entre la France et les pays auxquels les consuls appartiennent. Un certain nombre de conventions ont déterminé les prérogatives et immunités dont jouissent les consuls étrangers en France, ou renferment la clause que les consuls respectifs auront tous les privilèges accordés à ceux de la nation la plus favorisée (476).

Parmi les traités les plus récents ayant pour objet de fixer les immunités de ces fonctionnaires, nous citerons la convention conclue le 11 juillet 1866 avec le Portugal (art. 2, § 3) (477), et l'article 2, § 2, de la convention conclue avec l'Autriche, le 11 décembre 1866, qui est ainsi conçu : « Ils jouissent en outre de l'immunité personnelle, excepté pour les faits et actes que la législation pénale du pays qualifie de crimes. S'ils sont négociants, la contrainte par corps ne pourra leur être appliquée que pour les seuls faits de commerce, et non pour causes civiles » (478). La même règle se trouve reproduite, dans des termes à peu près semblables, dans l'article 2, § 2, du traité passé entre la France et la Russie, le 1^{er} avril 1874 (479).

(475) Bonfils, n° 429. — Massé, t. I^{er}, n° 447. — Vergé, sur de Martens, *loc. cit.* — Fœlix, *loc. cit.* — Paris, 28 avril 1841; S., 41, 2, 544. — Trib. de la Seine, sur arrêt confirmatif de Paris, du 25 août 1842; S., 42, 2, 372.

(476) Pour l'indication de ces traités, V. Fœlix, t. I^{er}, n° 221. — Bonfils, *loc. cit.*

(477) S., 1867, 3, 186.

(478) S., 1866, 3, 102.

(479) S., 1874, 3, 555. — V. aussi la convention consulaire avec la Grèce, du 7 janvier 1876; *J. dr. int.*, 1878, p. 632; avec le Brésil, du 25 oct. 1878; *op. cit.*, 1880, p. 527; avec la république du Salvador, du 5 juin 1878; Dal., 1880, 4, 12.

189. — En l'absence de toute convention diplomatique sur les immunités des consuls, la Cour de cassation estime qu'il faut suivre la règle qui découle du droit des gens, règle qui, en toute matière, se résume exclusivement dans le grand principe de la réciprocité (480).

Il est d'ailleurs certain, comme le fait remarquer la Cour, que l'ordonnance d'*exequatur*, accordée à un consul étranger pour lui permettre d'exercer ses fonctions en France, ne saurait être considérée comme une convention internationale, ayant par elle-même assez de force pour modifier les privilèges consulaires, tels qu'ils ont été établis par des traités ou par les règles du droit des gens.

Remarquons, en terminant, qu'il faut mettre dans une classe à part les consuls qui sont en même temps ministres publics, et spécialement ceux qui sont envoyés par les Etats chrétiens dans les pays de non-chrétienté, car ils ont le caractère d'agents diplomatiques et jouissent de privilèges analogues à ceux des ministres publics (481).

SECTION IV.

A quelles obligations s'applique l'article 14 ?

190. — L'article 14, en autorisant le Français à traduire l'étranger devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées, n'a-t-il entendu parler que d'obligations conventionnelles, ou comprend-il aussi les engagements qui se forment sans convention ?

Le texte semblerait, à première vue, conduire à la solution que

(480) Crim. rej., 23 déc. 1854; S., 54, 1, 811.

(481) Klüber, *op. cit.*, § 174. — De Martens, *Précis du droit des gens*, t. I^{er}, § 148. — Bluntschli, *op. cit.*, n° 269. — Massé, t. I^{er}, n° 451. — Bonfils, n° 432. — Req. rej., 4 fév. 1863; S., 63, 1, 201.

la Cour de Paris a consacré, le 5 juin 1829 (482), en décidant que cet article ne s'appliquait qu'à l'hypothèse où le lien juridique résulte d'un contrat. A l'appui de cette prétention, on pourrait dire que l'on doit s'en tenir à la lettre même de la loi, puisqu'il y a là une dérogation à la règle générale de compétence : *Actor sequitur forum rei*, et que, comme toute exception au droit commun, elle doit être interprétée restrictivement. On pourrait ajouter que la distinction entre les obligations conventionnelles et celles qui se forment sans convention, se justifie par cette considération qu'en faisant un contrat avec un Français, l'étranger s'est tacitement soumis à toutes les conséquences qui en résultent, et spécialement à la règle exceptionnelle de compétence consacrée par l'article 14 (483).

Sans doute, une règle aussi exorbitante que celle dont il s'agit, doit être interprétée d'une manière restrictive, et nous avons eu nous-mêmes l'occasion de faire ailleurs application de ce principe d'interprétation. Mais il s'agit de savoir si l'article 14 ne comprend, en effet, que les obligations auxquelles on veut le restreindre, ou si, au contraire, son texte même n'embrasse pas toutes les obligations, quelle qu'en soit la source. En vain prétendrait-on que les obligations conventionnelles sont seules contractées, et que les autres naissent, se produisent, *fiunt*. Cette distinction, au point de vue de la terminologie, est repoussée par la loi même sur laquelle on s'appuie. La loi romaine à laquelle on fait allusion, en indiquant les sources des différentes sortes d'obligations, emploie la même expression pour désigner l'origine de toutes les obligations : *Obligationes, aut ex contractu fiunt, aut ex quasi-contractu, aut ex maleficio, aut ex quasi-maleficio* (484). L'expression : obligations contractées, qui se trouve

(482) C. n., 9, 2, 280.

(483) V. en faveur de cette doctrine, une consultation de M. Crémieux; S., 43, 1, 15.

(484) *Inst., De Obligationibus*, § 2.

dans l'article 14, et qui désigne, sans doute, d'une manière toute particulière, celles qui naissent d'un contrat, source la plus ordinaire, ne doit pas être prise dans cette acception spéciale, comme le prouvent d'autres textes du Code civil (arg. art. 1372, C. civ.). Il nous paraît évident que le législateur s'est servi de ces termes dans leur acception la plus large, pour rendre d'une manière plus concise l'idée suivante : obligations auxquelles un étranger peut se trouver soumis envers un Français. La preuve que telle est bien la portée des termes dont il s'agit, c'est que la même expression se trouve reproduite dans l'article 15, où elle comprend toutes les obligations dont le Français peut être tenu envers l'étranger, quelle qu'en soit la cause.

Pourquoi d'ailleurs le législateur aurait-il voulu donner une autre portée à ces expressions? L'article 14, pris dans son ensemble, ne repose pas sur le principe qu'un contrat est attributif de juridiction pour le juge du lieu où il a été passé, puisqu'il permet au Français de poursuivre devant les tribunaux de France, l'exécution des obligations contractées à son profit par un étranger, même en pays étranger. Il n'y a pas non plus dans la juridiction établie par l'article 14, une juridiction de consentement, selon les expressions employées dans une consultation de M. Crémieux (485); car nous avons vu que tout autres étaient les véritables motifs qui ont porté le législateur à édicter cette disposition exceptionnelle. Il n'y avait donc aucun motif rationnel et décisif de distinguer entre les obligations conventionnelles et celles qui dérivent d'une autre source. Bien plus, une pareille distinction serait un véritable contre-sens, car bien loin que l'article 14 doive être restreint aux obligations nées de contrats, il y aurait plutôt un argument *a fortiori* pour appliquer aux autres cette règle de compétence. Si, en effet, le législateur a voulu protéger le Français, devenu créancier d'un étranger, lorsque son droit a pour origine une convention librement et

(485) V. la note 483.

volontairement consentie, soit en France, soit en pays étranger, à combien plus forte raison lui devait-il la même protection, lorsque la créance est née sans son consentement, par la seule force de la loi ou par un quasi-contrat, et surtout lorsqu'elle a pris naissance malgré lui, par le fait illicite de cet étranger, à la suite d'un délit ou d'un quasi-délit.

191. — Des auteurs, tout en reconnaissant qu'il ne faut pas s'attacher à la lettre du mot : contractées, pour limiter aux obligations résultant de contrats, l'application de l'article 14, ajoutent cependant que le bénéfice de cette disposition ne saurait être accordé au Français sans iniquité, toutes les fois que l'obligation de l'étranger naît d'un fait qui ne lui est pas personnel. Pour les quasi-contrats, il faudrait donc distinguer selon que l'étranger serait ou non l'auteur du fait volontaire qui est la source de l'obligation. C'est ainsi qu'en cas de gestion d'affaires, on accordera sans difficulté au maître français le droit de traduire devant les tribunaux français le gérant étranger ; mais il faudrait, au contraire, s'en tenir à la règle : *Actor sequitur forum rei*, si le maître étranger était appelé en justice pour l'exécution des obligations que lui aurait imposées, sans sa participation, le fait du gérant français (486).

Une semblable distinction, qui paraît conforme à l'équité, pourrait être admise, sans doute, si l'article 14 était fondé sur une acceptation tacite de la juridiction française de la part de l'étranger ; mais, nous le répétons, tel n'est pas le motif qui a guidé le législateur. De deux choses l'une : ou bien l'article 14 doit être restreint aux seules obligations conventionnelles, et alors ces auteurs ont tort de l'appliquer à celles qui proviennent d'un délit, d'un quasi-délit, ou d'un quasi-contrat, quand l'étranger est l'auteur du fait qui produit l'obligation ; ou bien il faut entendre les expressions de cet article dans un sens plus large,

(486) Demante et Colmet de Santerre, t. 1^{er}, n° 29 bis-II.

et alors, au point de vue des motifs qui servent de fondement à cette disposition de faveur pour les Français, il n'y a pas de raison pour soustraire tel ou tel cas à l'application de cette règle générale.

Notre conclusion est donc que l'article 14 s'applique à tous les cas où, en vertu d'une cause civile ou commerciale, un Français se trouve être directement le créancier d'un étranger (487).

192. — La jurisprudence a été appelée à se prononcer assez souvent sur la question, et a également consacré la solution admise par la doctrine. Il a été jugé, notamment, que les tribunaux français sont compétents pour statuer sur la demande intentée par un Français contre un étranger, en réparation du préjudice à lui causé par un délit ou un quasi-délit (488).

193. — En vertu du principe général que nous avons posé, les tribunaux français seront compétents pour statuer sur la demande en partage d'une succession, formée par un Français contre ses

(487) Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, n. 5. — Demolombe, t. 1^{er}, n° 250. — Fœlix, t. 1^{er}, n° 175. — S., 77, 1, 97, *Note* de M. Renault. — Merlin, *Répert.*, V° *Etranger*, § 4. — Pardessus, *Dr. com.*, n° 1478. — Alauzet, *Code de com.*, t. V, n°s 2322 et 2381, p. 458 et 573. — Marcadé, t. 1^{er}, n° 139, p. 105. — Demangeat, *Condition des étrangers en France*, p. 405. — Dal., *Répert.*, V° *Dr. civil*, n° 263 et 264. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 1^{er}, § 62, n. 3. — Massé, *Dr. com.*, t. 1^{er}, n° 686. — Bonfils, n° 71 et s. — Sapey, *Les étrangers en France*, p. 212. — Lyon-Caen, *Condition des sociétés étrangères en France*, § 34, p. 64. — S., 48, 2, 49, *Note*.

(488) Poitiers, 8 prairial an XIII; C. n., 2, 2, 56. — Rouen, 6 fév. 1841; S., 41, 2, 129, confirmé par req. rej., 13 déc. 1842; S., 43, 1, 14. — Trib. com. Marseille, 17 mars 1857, confirmé par Aix, 12 mai 1857; S., 57, 2, 721. — Aix, 30 déc. 1869, sur cassat., S., 72, 1, 323. — Civ. cassat., 12 août 1872; S., 72, 1, 323. — Paris, 11 mars 1873, sur cassat., S., 74, 1, 147. — Caen, 2 fév. 1874; *J. dr. int.*, 1875, p. 112. — Trib. civ. Marseille, 16 mars 1875; *eod. op.*, 1876, p. 179. — Trib. com. Rouen, 8 fév. 1875; *op. cit.*, p. 102, n° 5. — Plusieurs de ces arrêts décident que le capitaine étranger, actionné par un capitaine français, à la suite d'un abordage, ne peut décliner la compétence du tribunal français devant lequel il est appelé.

cohéritiers étrangers (489), ou sur l'action intentée contre un héritier étranger par un créancier ou un légataire français de la succession (490).

Ces solutions ne seraient pas modifiées, alors même que la succession dont il s'agit serait ouverte à l'étranger, comme nous le verrons en examinant d'une manière spéciale la portée de l'article 14. (V. n° 206.)

Un Français pourra également s'adresser aux tribunaux de son pays, pour obtenir la revocation d'une donation faite au profit d'un étranger (491).

194. — Les tribunaux français seront aussi compétents pour juger les questions d'état qui pourront se présenter incidemment à la contestation portée devant eux en vertu de l'article 14. La jurisprudence a entendu dans un sens plus large encore les expressions de cet article, et nous approuvons, pour notre part, les applications qu'elle a faites de cette disposition, car nous sommes convaincu qu'en parlant d'obligations contractées, le législateur a voulu comprendre tous les cas où un étranger se trouve obligé directement envers un Français. C'est ainsi que l'on a reconnu, à raison, à une femme française le droit de porter devant les tribunaux français, une demande en séparation de corps contre son mari, devenu étranger postérieurement à la

(489) Paris, 17 nov. 1834; S., 36, 2, 171.

(490) Montpellier, 12 juil. 1826; C. n., 8, 2, 259. — Paris, 11 déc. 1847; S., 48, 2, 49. — Limoges, 5 avril 1854; S., 55, 2, 188. — Paris, 11 déc. 1855; S., 56, 2, 302. — Trib. civ. Versailles, 29 mai 1857, confirmé par Paris, 12 janv. 1858; S., 58, 2, 542. — Req. rej., 19 avril 1859; S., 59, 1, 411. — Trib. civ. Seine, 28 déc. 1875; *Le Droit*, 12 janv. 1876. — V. cependant, Paris, 22 juil. 1815; C. n., 5, 2, 53.

(491) Req. rej., 2 août 1876; S., 77, 1, 97. — Rappelons toutefois que nous n'admettons l'application de l'article 14 qu'autant que la demande est fondée sur un droit qui a pris naissance dans la personne d'un Français.

célébration du mariage (492). Le droit d'obtenir la séparation de corps est une sanction des obligations entre époux qui dérivent du mariage, et les juges saisis d'une telle demande ont à rechercher si l'époux défendeur a effectivement manqué à ses obligations.

Il a été décidé également, par deux jugements du tribunal civil de la Seine (493), et par un arrêt plus récent encore de la Cour de Paris (494), que la femme devenue étrangère par son mariage avec un étranger, forme à bon droit une demande en nullité de mariage devant les tribunaux français, sans qu'on puisse lui opposer une exception d'extranéité, tirée de ce prétendu mariage. Nous admettons bien la compétence de nos tribunaux, alors qu'il s'agit d'une demande formée par une femme française contre son mari, devenu étranger depuis leur union; ou encore par une femme française mariée à un étranger, et devenue de nouveau française au jour de l'action. Mais cette solution nous paraît inadmissible, en tant qu'on voudrait la fonder sur l'article 14, lorsque la demande en nullité d'un mariage d'ailleurs existant, est introduite par une femme française, mariée à un étranger et restée étrangère. Le mariage, tant qu'il n'a pas été annulé, doit produire tous ses effets et faire considérer la femme comme étrangère, ce qui ne lui permet pas d'invoquer le bénéfice de l'article 14 (495). Nous aurons à nous demander, en parlant des procès entre étrangers, si le tribunal français ne doit pas être considéré comme compétent, du moins dans certains cas, alors même que les deux parties devraient être regardées comme étrangères. (V. n° 413.)

(492) Bonfils, n° 74. — *Observations* de M. Labbé sur un arrêt de cassation, du 19 juillet 1875; S., 76, 1, 289. — Toulouse, 27 juil. 1874; S., 76, 2, 149. — Chambéry, 25 août 1877; S., 78, 2, 15.

(493) 2 juil. 1872, 21 juin 1873; *J. dr. int.*, 1874, p. 71 et 73.

(494) 28 mai 1880; *op. cit.*, 1880, p. 300. — V. aussi les auteurs et les autres jugements et arrêts indiqués aux notes 361 et 362.

(495) V. n° 134.

195. — L'enfant naturel qui prétend avoir pour mère une étrangère, peut, lorsqu'il est Français, ou après avoir réclamé cette qualité conformément à l'article 9 du Code civil, porter son action en recherche de la maternité devant les tribunaux français. « Attendu, dit la Cour de cassation, que, par l'article 14 du Code civil, l'étranger, même non résidant en France, peut être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français — qu'il n'est pas de plus sainte obligation pour une mère, que celle de reconnaître son enfant, d'assurer son état, de lui fournir des aliments et de pourvoir à ses besoins — que, sous ce rapport, l'obligation qui peut résulter pour elle de la reconnaissance de l'état de celui auquel elle a donné le jour, est, au plus haut degré, l'une de celles pour lesquelles la loi autorise la citation de l'étranger devant les tribunaux français... » (496).

Les actions relatives à l'état des personnes sont, en effet, soumises à la règle générale : *Actor sequitur...* à laquelle l'article 14 a eu pour but d'apporter une dérogation. C'est pourquoi aussi nous pensons que cette disposition pourrait être invoquée par le Français qui formerait contre un étranger une demande en revendication d'objets mobiliers.

La Cour de Paris a également décidé que le bénéfice de l'article 14 peut être réclamé par l'enfant devenu Français, qui forme contre son père étranger une demande en aliments (497). Une pareille demande devrait d'ailleurs être repoussée par les tribunaux français, si l'enfant poursuivait, en réalité, la recherche de la paternité, alors même que cette recherche serait permise par la loi étrangère. Bien que nos tribunaux soient appelés à appliquer la loi étrangère dans certaines contestations où des Français sont intéressés, cela ne peut se faire devant un principe d'ordre

(496) Civ. cassat., 19 juil. 1848 ; S., 48, 1, 529. — V. note 355 et 356.

(497) Paris, 20 fév. 1864, confirmé par req. rej., 13 déc. 1865 ; S., 66, 1, 157 et 158. — Cpr. note 353.

public édicté par la loi française, et auquel porterait atteinte l'application de la loi étrangère (498). Toutes les fois qu'il s'élève une contestation entre un Français et un étranger, et spécialement quand elle a pour objet une question d'état, il y a toujours, comme nous avons eu déjà l'occasion de le montrer, deux difficultés qu'il importe de ne pas confondre, et qui cependant ne semblent pas avoir toujours été bien nettement distinguées. Il faut tout d'abord déterminer le juge compétent pour statuer, et rechercher ensuite d'après quelle loi il devra se guider pour donner une solution au procès. Les textes qui autorisent les nationaux à traduire les étrangers devant les tribunaux français, et les étrangers à réclamer contre les Français la protection de notre justice, ne préjugent nullement la question de savoir d'après quelles lois les contestations seront jugées.

196.— Des développements qui précèdent, il résulte qu'il n'y a aucune distinction à établir d'après la source de l'obligation, et que le créancier français pourra, dans tous les cas, poursuivre en France son débiteur étranger.

Il n'est pas non plus nécessaire que la dette ait pris naissance dans notre pays. La loi parle indifféremment d'obligations contractées en France ou en pays étranger, et n'exige pas, dans cette dernière hypothèse, que l'étranger ait sa résidence en France, ou soit rencontré sur le territoire français. L'examen des travaux préparatoires et du projet primitif de cet article justifie suffisamment, comme nous l'avons vu, sa mauvaise rédaction qui ne devrait comprendre qu'un seul membre de phrase.

Le tribunal français sera compétent, alors même que la solution du litige pourrait avoir des conséquences relativement aux droits sur un immeuble situé à l'étranger, lorsque le différend ne por-

(498) Art. 340, C. civ. — Delsol, *Rev. critique*, 1868, t. 32, p. 483. — Paris, 2 août 1866; S., 66, 2, 342, confirmé par req. rej.; 25 mai 1868; S., 68, 1, 365.

tera pas sur l'immeuble lui-même, mais sur la cause et la validité des obligations réciproques des parties (499).

Le juge français saisi d'une demande formée par un Français contre un étranger, sera également compétent pour connaître des difficultés qui pourront s'élever entre le défendeur et un autre étranger, à la suite d'une intervention volontaire ou forcée de ce dernier (499 bis).

197. — Les tribunaux français seront donc toujours compétents pour statuer sur l'action intentée par un Français contre son débiteur étranger, quels que soient la cause de l'obligation et le lieu où elle ait pris naissance. Compétents pour prononcer une condamnation en faveur des nationaux, ces tribunaux le seront également pour ordonner des mesures conservatoires à leur profit, ou pour connaître des difficultés auxquelles pourra donner lieu l'exécution sur les biens situés en France. C'est ainsi que le créancier français pourra former saisie-arrêt sur les sommes ou valeurs qui sont dues, ou qui appartiennent à son débiteur étranger. Une pareille saisie sera tout à fait régulière, et il appartiendra aux tribunaux français de prononcer sur sa validité, puisqu'ils pourraient exercer une juridiction légitime sur la personne et les biens de l'individu contre lequel la saisie est dirigée (500).

Il appartiendra également aux tribunaux français de rendre exécutoire en France, sur la demande d'un Français, un jugement prononcé à son profit par des juges étrangers (art. 2123, C. civ., 546, C. pr.) (501).

Nous aurions pu nous demander si les tribunaux français sont compétents, en vertu de l'article 14, pour déclarer la faillite ou

(499) Trib. civ. Nice, 1^{er} juil. 1876; *J. dr. int.*, 1877, p. 422.

(499 bis) V. n^o 352 et s.

(500) Demangeat, *Rev. pratique*, t. 1^{er}, p. 335. — Paris, 13 août 1875; *J. dr. int.*, 1877, p. 40.

(501) Sur l'autorité en France des jugements étrangers, V. la note 152.

l'absence d'un étranger, ou bien encore pour donner un tuteur ou nommer un conseil judiciaire à un étranger ; mais nous nous réservons de traiter ces questions, en parlant des procès entre étrangers, parce que la solution nous paraît devoir être la même, quelle que soit la nationalité du demandeur.

SECTION V

Tribunal compétent.

198. — L'article 14 reconnaît au Français le droit de citer l'étranger devant nos tribunaux ; mais il se borne à établir leur compétence générale, sans indiquer celui de ces tribunaux qui sera appelé à statuer sur la contestation. Il faut avant tout, nous l'avons dit, déterminer la compétence générale conformément aux dispositions des articles 14 et 15, C. civ., mais, lorsque l'interprétation donnée à ces articles conduit à décider que la juridiction française peut être valablement saisie, il reste encore à se demander à quel tribunal français il faut attribuer compétence, dans tel ou tel cas particulier. Cette question doit être résolue d'après la loi française, c'est-à-dire d'après la loi du pays où la demande est formée.

Nous avons vu qu'en matière réelle, le tribunal compétent est celui de la situation de l'objet litigieux (art. 59, § 3, C. pr.) En matière mixte, nous savons également que l'étranger pourra être assigné devant le tribunal de son domicile ou de sa résidence en France, ou devant celui de la situation des biens (art. 59, § 4, C. pr.).

En matière personnelle, il sera assigné devant le juge de son domicile, lorsqu'il aura obtenu du Gouvernement l'autorisation des'établir en France (art. 13, C. civ.), ou qu'il aura, en fait, quitté son pays pour transporter sur notre territoire le siège principal de ses affaires (art. 59, § 1^{er}, C. pr.). S'il n'a en France qu'une simple résidence, il sera traduit devant le tribunal de cette rési-

dence, et non pas devant le juge du lieu où sont situées ses principales propriétés, comme l'avait décidé un jugement du tribunal de Corbeil, qui fut infirmé par la Cour de Paris (502). Peu importe d'ailleurs qu'à l'époque de l'exploit introductif d'instance, l'étranger se fût absenté de cette résidence, alors que cette absence n'était que momentanée, et que le transfert de la résidence dans le ressort d'un autre tribunal ne s'est opéré qu'à une époque postérieure (503).

Si une société étrangère dont le siège est fixé à l'étranger, a un établissement et un représentant en France, elle sera valablement assignée devant le tribunal du lieu de cet établissement, par exploit laissé à la personne ou au domicile du représentant (504).

Il n'y a pas non plus de difficulté, dans le cas où la compétence du tribunal est déterminée par l'une ou l'autre des circonstances auxquelles la loi s'est attachée pour indiquer le juge qui doit connaître de la contestation. C'est ainsi que l'étranger appelé à une succession ouverte en France, sera assigné devant le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession (art. 59, § 6, C. pr.) (505). Celui qui fait partie d'une société établie en France,

(502) 9 mai 1835; S., 35, 2, 278. — Trib. civ. Marseille, 16 mars 1875; *J. dr. int.*, 1876, p. 179. — Trib. civ. Nice, 1^{er} juil. 1876; *op. cit.*, 1877, p. 422. — Req. rej., 2 août 1876; S., 77, 1, 97. — Trib. civ. Seine, 10 avril 1878; *op. cit.*, 1878, p. 492.

(503) Req. rej., 2 août 1876, cité à la note précédente.

(504) Chambéry, 1^{er} déc. 1866; S., 67, 2, 182. — Trib. civ. Marseille, 16 mars 1875; *J. dr. int.*, 1876, p. 179. — Req. rej., 10 août 1875, deux arrêts; S., 76, 1, 121. — *Contrà*: Trib. com. Rouen, 8 fév. 1875; *op. cit.*, 1876, p. 102. — En ce qui concerne les sociétés françaises ayant plusieurs établissements ou succursales en France, la jurisprudence a plusieurs fois décidé qu'elles pouvaient être assignées devant les tribunaux de ces différents établissements, pour l'exécution des contrats passés avec leurs représentants. Civ. rej., 7 mai 1862; S., 62, 1, 744. — Req. rej., 30 mai 1876; S., 76, 1, 358. — 19 juin 1876; S., 76, 1, 383.

(505) Limoges, 5 avril 1854; S., 55, 2, 188.

le sera devant le juge du lieu où elle est établie (art. 59, § 5, C. pr.). Si l'étranger a été déclaré en faillite en France, la demande sera portée devant le tribunal du lieu où était son principal établissement commercial (art. 59, § 7, C. pr.). En matière de garantie, le garant étranger pourra toujours être appelé devant le tribunal saisi de la demande originaire (art. 59, § 8, et 181, C. pr.) (506). L'élection de domicile faite en France, sera également attributive de juridiction au tribunal du lieu où le domicile a été élu (art. 111, C. civ. et 59, § 9, C. pr.).

En matière commerciale, le Français pourra saisir l'un ou l'autre des tribunaux auxquels l'article 420 C. pr. attribue compétence. Il pourra donc porter sa demande devant le juge du domicile ou de la résidence de l'étranger en France, ou devant celui du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée, ou devant celui dans le ressort duquel le paiement devait être effectué (506 bis).

199. — Mais il peut se faire que l'étranger n'ait en France ni domicile élu, ni domicile réel, ni résidence, même momentanée, et que, d'autre part, on ne se trouve dans aucune des circonstances que nous avons indiquées, et auxquelles le législateur s'est attaché pour déterminer le juge qui doit connaître de la contestation. Devant quel juge le Français devra-t-il alors porter sa demande ?

On a prétendu que l'on devait d'abord s'adresser à la Cour de cassation, qui désignerait le juge compétent pour statuer sur le procès (507). Mais une telle solution est tout à fait inacceptable, car un arrêt de règlement de juges suppose que plusieurs tribunaux français ont déjà été saisis d'une même demande, et l'on ne

(506) Paris, 20 mars 1879; Dal., 1880, 2, 193.

(506 bis) Lyon, 28 mars 1879; *J. des trib. de com.*, 1879, t. XXVIII, p. 535.

(507) Dal., *Répert.*, V° *Compét. civ. des trib. d'arrond.*, n° 201. — Carré, *Lois de l'organisation judiciaire et de la compétence*, t. III, p. 295, art. 228.

saurait imposer au demandeur l'obligation de saisir à la fois plusieurs tribunaux, pour que la Cour suprême puisse décider quel est celui qui conservera la connaissance de l'affaire.

Il ne saurait être question non plus du tribunal le plus voisin de la frontière, car une telle procédure, outre qu'elle nécessiterait le déplacement des deux parties, ne laisserait pas que de donner lieu à de nombreuses difficultés, pour déterminer le tribunal le plus rapproché du territoire étranger (507 *bis*).

Dans un autre système, on prétend que la demande pourra être portée devant tout tribunal français, au choix du demandeur, à la condition de ne pas faire un choix injuste ou ridicule (508). Cette solution est loin de satisfaire l'esprit, et la question n'est pas véritablement tranchée par cette réponse que tous les tribunaux seront compétents, alors qu'il s'agit précisément de déterminer le tribunal compétent parmi tous les tribunaux français. Il nous paraît impossible d'admettre que le Français demandeur soit libre de choisir entre tous les tribunaux de France. Il ne faut pas ainsi laisser l'étranger défendeur à la discrétion de son adversaire, et étendre outre mesure le privilège déjà si exorbitant par lui-même, que l'article 14 a consacré au profit du Français. C'est d'ailleurs se mettre en opposition avec l'esprit des lois sur la compétence, que de déclarer celle-ci incertaine et soumise uniquement à la volonté du demandeur. Il nous semble, au contraire, aussi conforme à l'esprit de ces lois qu'au caractère de la disposition de l'article 14, de décider que le Français devra traduire l'étranger devant le tribunal de son propre domicile, à défaut de l'une des attributions spéciales de juridiction dont nous avons parlé. Il faut éviter, en effet, tout ce qui pourrait entraver la solution la plus économique et la plus prompt des procès, et ne pas permettre que les parties soient

(507 *bis*) V. cependant, Colmar, 30 avril 1863 ; S., 63, 2, 125.

(508) Fœlix, t. 1^{er}, n° 171. — Legat, p. 316 et 317. — Demolombe, t. 1^{er} n° 252. — Douai, 2 août 1854 ; S., 55, 2, 4.

obligées de se déplacer toutes deux pour aller plaider devant un tribunal, dans le ressort duquel aucune d'elles n'est domiciliée. La loi préfère sans doute le tribunal du domicile du défendeur ; mais, quand il se rencontre, comme dans notre hypothèse, une impossibilité absolue de faire application de ce principe, c'est se conformer à l'intention et au but du législateur que d'attribuer compétence au tribunal du domicile du demandeur. L'article 14 lui-même prouve l'exactitude de cette solution, car le législateur a, pour ainsi dire, renversé la règle : *Actor sequitur forum rei*, comme le fait observer M. Demangeat, et c'est, dès lors, entrer dans la voie qu'il a tracée que de reconnaître au juge du domicile du demandeur la compétence qui, selon le droit commun, devrait appartenir au tribunal du domicile du défendeur (509).

200. — Faut-il admettre une autre solution, dans le cas particulier où le contrat a été passé en France, et décider, comme l'ont fait plusieurs auteurs, que l'assignation devra alors être donnée devant le juge du lieu où l'obligation a pris naissance (510) ?

En supposant réunies les conditions exigées par l'article 420, C. pr. pour la compétence spéciale qu'il a établie, il nous paraît impossible d'appliquer aux instances devant les tribunaux civils, cette disposition exceptionnelle, qui n'a été faite que pour les

(509) Bonfils, n° 297. — Demangeat, sur Foelix, t. I^{er}, p. 351, note a. — Massé, t. I^{er}, n° 710. — Pardessus, *Dr. com.*, n° 1478 bis. — Bonnier, *Procédure civile*, n° 56, p. 25. — Nougier, *Trib. de com.*, t. II, p. 431. — S., 77, 1, 97, Note de M. Renault. — Civ. cassat., 9 mars 1863 ; S., 63, 1, 225. — Chauveau, sur Carré, t. I^{er}, Quest. 371 bis. — Pigeau, cité par le même, sur Carré, t. I^{er}, p. 277, n. 3. — Chambéry, 16 mars 1869 ; S., 69, 2, 331. — Bastia, 27 déc. 1875 ; S., 76, 2, 66. — Trib. civ. Seine, 10 avril 1878 ; *J. dr. int.*, 1878, p. 492.

(510) Demolombe, t. I^{er}, n° 252. — Bonnier, *op. et loc. cit.* — Marcadé, t. I^{er}, n° 138. — Boitard, t. I^{er}, p. 150, n° 184. — Dal., *Répert.*, V^o *Compét. civ. des trib. d'arrond.*, n° 201. — Carré, *Organisation judic. et compèt.*, t. III, p. 295, art. 228. — V. aussi, Colmar, 30 avril 1863 ; S., 63, 2, 125.

procès en matière commerciale. Nous avons déjà fait observer que l'article 14, considéré dans son ensemble, n'a pas, à la différence de l'article 420, pris le lieu du contrat comme base de la compétence qu'il reconnaît aux tribunaux français ; car il s'applique aux actes passés à l'étranger, aussi bien qu'aux obligations contractées sur le territoire français. Puisque cet article met sur la même ligne le cas où l'étranger s'est obligé en France et celui où il s'est obligé en pays étranger, la question de compétence doit être résolue de la même manière dans l'une et dans l'autre hypothèse. Une autre solution aurait d'ailleurs pour résultat d'entraîner des frais beaucoup plus considérables, car chaque partie serait obligée de se déplacer pour aller plaider devant un tribunal peut-être fort éloigné de son domicile ou de sa résidence (511).

201. — Si le Français n'a pas de domicile en France, il portera sa demande devant le tribunal de sa résidence (511 *bis*).

Nous avons dit que le bénéfice de l'article 14 pouvait être invoqué par le Français qui a établi le siège principal de ses affaires à l'étranger, sans perdre l'esprit de retour. Dans ces circonstances, si le Français poursuit son débiteur étranger devant les tribunaux français, pour des obligations contractées en pays étranger, nous admettons que le tribunal compétent pourra être celui du dernier domicile ou de la dernière résidence du Français en France, et, à défaut de pareilles indications et par la force même des choses, il faudra bien reconnaître au Français le droit de porter sa demande devant le tribunal qui semblera plus spécialement compétent, par suite de telle ou telle circonstance se rapportant au procès. Le juge aura alors à apprécier la bonne foi du demandeur, et à voir s'il n'y a pas eu fraude de sa part,

(511) Massé, t. 1^{er}, n° 710. — Chauveau, sur Carré, t. 1^{er}, Quest. 371 *bis*. — Demangeat, sur Fœlix, *loc. cit.* — Bonfils, n° 297.

(511 *bis*) Toulouse, 27 juil. 1874 ; S., 76, 2, 149 ; confirmé par civ. rej. 19 juil. 1875 ; S., 76, 1, 289. — Chambéry, 27 août 1877 ; S., 78, 2, 15.

dans le but de contraindre son débiteur à venir plaider devant un tribunal peut-être fort éloigné.

202. — Si un Français a plusieurs débiteurs, il jouira de la faculté établie par l'article 59, § 2, C. pr. Lorsque, parmi ces débiteurs, les uns auront un domicile connu en France, l'action devra être intentée devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, et non devant le tribunal de la résidence de ceux qui n'ont pas de domicile en France (512). Si l'un des défendeurs est un Français, ou un étranger domicilié ou résidant en France, et l'autre un étranger n'ayant en France ni domicile ni résidence, le demandeur aura toujours le droit de porter son action devant les juges français du domicile ou de la résidence du défendeur, et de contraindre l'étranger à venir plaider devant ce tribunal. Mais, à l'inverse, on ne saurait lui reconnaître la faculté d'assigner devant le juge de son propre domicile, le défendeur étranger non résidant en France, et de forcer par là l'autre défendeur à venir lui-même plaider devant cette juridiction. La compétence de ce tribunal ne doit être admise qu'autant qu'il y a impossibilité de suivre une autre règle; or, dans notre hypothèse, rien ne s'oppose à l'application du principe : *Actor sequitur forum rei*, et à la poursuite contre les deux débiteurs à la fois, devant le tribunal du domicile du défendeur français ou étranger (512 bis).

203. — L'usage existait autrefois d'assigner l'étranger sur la frontière, à l'aide de certains modes de publicité (513). Ces formalités plus ou moins bizarres furent abolies par l'ordonnance civile de 1667, touchant la réformation de la justice, dont l'article 7 du titre II porte : « Les étrangers qui seront hors le royaume, seront ajournés es hôtels de nos procureurs généraux des Parlements où ressortiront les appellations des juges devant

(512) Bonfils, n° 297, p. 274. — Amiens, 16 mars 1839; S., 40, 2, 61.

(512 bis) Bonfils, *loc. cit.* — Chambéry, 16 mars 1869; S., 69, 2, 331.

(513) V. Merlin, *Répert.*, V° *Ajournement*, n° 14. — Demangeat, *Condition des étrangers en France*, p. 113 et suiv.

lesquels ils seront assignés, et ne seront plus données aucunes assignations sur la frontière » (514).

Aujourd'hui, si l'étranger a en France un domicile ou une résidence, il sera assigné au lieu de son domicile ou de sa résidence (art. 68 et 69, § 8, C. pr.) (515). Le Code ne parle pas expressément des assignations à donner aux étrangers; mais il y a une telle analogie entre l'étranger et le Français établi à l'étranger, qu'il est impossible de supposer que le législateur n'ait pas entendu les comprendre l'un et l'autre dans la même disposition.

S'il habite à l'étranger, il sera assigné par exploit remis au domicile du procureur de la république près le tribunal où sera portée la demande. Ce magistrat visera l'original et enverra la copie au ministre des affaires étrangères, qui la fera parvenir à la personne désignée (art. 69, § 9, C. pr.) (516). Le délai d'ajournement sera déterminé par l'article 73 du Code de procédure, modifié par la loi du 3 mai 1862.

Si le lieu du domicile ou de la résidence est inconnu, on appliquera l'article 69 du Code de procédure : l'exploit sera affiché à la principale porte de l'auditoire du tribunal où la demande est portée, et une seconde copie sera donnée au procureur de la république qui visera l'original (516 bis).

Ce mode de procéder, fort long, n'est pas de nature à assurer au défendeur la prompte réception de la copie, et peut porter préjudice aux étrangers cités devant les tribunaux français. Aussi, n'a-t-il pas été adopté par toutes les législations étrangères, ou du moins a-t-il subi des modifications plus ou moins importantes (517).

(514) *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XVIII, p. 107.

(515) Carré et Chauveau, t. I^{er}, Quest. 371 *ter*. — Lyon, arrêt sans date ; *J. dr. int.*, 1878, p. 375.

(516) Boitard, t. I^{er}, p. 151. — Bonfils, n^o 302. — Fœlix, t. I^{er}, n^o 192. — Rennes, 24 nov. 1879 ; *J. dr. int.*, 1881, n^o I-II, p. 58.

(516 bis) Fœlix, *loc. cit.*

(517) Fœlix, *eod. loc.*

SECTION VI

Portée de l'article 14.

204. — L'article 14 déroge certainement à la règle générale de compétence en matière personnelle : *Actor sequitur forum rei*, en tant qu'il donne au créancier français le droit de citer devant les tribunaux de France son débiteur étranger, alors même que celui-ci n'aurait sur notre territoire ni domicile ni résidence. Mais notre Code de procédure a établi des règles spéciales de compétence dans certains cas particuliers (art. 59, C. pr.). Il attribue compétence, en matière de société, au juge du lieu où elle est établie; en matière de succession, au juge du lieu où la succession est ouverte; en matière de faillite, au tribunal du domicile du failli. L'article 14 ne reconnaît-il pas, dans tous les cas où le demandeur est Français et le défendeur étranger, la juridiction exclusive de nos tribunaux, alors même qu'en vertu de l'une ou de l'autre des règles spéciales que nous venons d'indiquer, la compétence devrait appartenir à un tribunal étranger?

C'est en ce sens que l'on doit, à notre avis, interpréter cet article. Nous en trouvons la preuve dans la comparaison des articles 59, C. pr. et 14, C. civ., ainsi que dans le texte même de cette dernière disposition et dans les motifs qui l'ont dictée. Il nous paraît certain, en effet, que l'article 59 suppose la compétence générale des tribunaux français, et n'a pour but que de déterminer celui d'entre eux auquel les parties devront s'adresser dans tel ou tel cas particulier. Il faut donc, avant tout, rechercher à qui appartient la compétence générale, à la juridiction française ou à la juridiction étrangère. Toutes les fois qu'une contestation s'élève entre un Français et une personne appartenant à une autre nation, c'est aux articles 14 et 15 qu'il faut avoir recours pour arriver à la solution de cette première difficulté. Lorsqu'il résultera de interprétation de l'un ou de l'autre de

ces textes que la compétence appartient aux tribunaux français, c'est alors, mais alors seulement qu'il y aura lieu d'appliquer l'article 59, et de déterminer la compétence spéciale de tel ou tel tribunal français. Nous n'hésitons donc pas à décider que la question de compétence générale doit primer celle de compétence spéciale, et que l'article 14 doit recevoir sa pleine et entière application, sans qu'il puisse y être dérogé par l'une ou l'autre des règles édictées par l'article 59.

L'article 14 attribue, en effet, compétence au tribunal français, d'une façon générale, pour connaître des procès intentés par des Français, à l'occasion d'obligations existant à leur profit et à la charge d'étrangers. Il ne fait aucune distinction entre le cas où le tribunal étranger devrait être compétent d'après le principe qui veut que le demandeur porte son action devant le tribunal du défendeur, et celui où il le serait en vertu d'une disposition spéciale, comme en matière de succession ou de société. Cette règle absolue se justifie par les motifs mêmes qui ont fait écrire l'article 14; car, si la protection à donner aux nationaux et la crainte exagérée de la partialité du juge étranger ont fait déroger à la règle : *Actor sequitur forum rei*, quand il s'agit de procès entre Français et étrangers, nous ne voyons pas comment cette protection leur aurait été refusée, comment cette crainte n'aurait pas été prise en considération, quand il s'agit de déroger à des règles plus spéciales. On pourra, sans doute, faire valoir contre notre théorie des inconvénients, des considérations pratiques; mais de telles objections ne peuvent avoir qu'une valeur de fait, et ne sauraient prouver l'inexactitude de la solution que nous avons donnée en droit (517 bis).

(517 bis) Massé, t. I^{er}, n^o 687. — Note sous un arrêt de la Cour de cassation, du 12 novembre 1872; S., 73, 1, 17. — Rennes, 26 déc. 1879, et les observations de M. l'avocat général Saulnier de la Pinelais; Dal., 80, 2, 52. — V. aussi les auteurs et les arrêts cités *infra* à l'appui des différentes applications que nous faisons de ce principe.

205. — Faisant application de cette règle générale, nous déciderons que les tribunaux français seront valablement saisis d'une demande dirigée par un créancier français contre une société étrangère, ou par un associé français contre ses coassociés étrangers, alors même que la société aurait son siège à l'étranger (518).

Il semble cependant résulter d'un arrêt de la Cour de cassation, du 19 décembre 1864 (519), qu'un tribunal français serait incompétent pour statuer, en vertu de l'article 14, sur la demande dirigée par un associé français contre ses coassociés, à raison d'une société formée à l'étranger. Mais il n'y a là qu'une exception apparente au principe que nous avons posé, car la Cour se fonde sur ce que cet article n'a rien d'impératif et ne donne au Français qu'une simple faculté dont il est libre d'user ou de ne pas user. Elle ajoute qu'en fixant à l'étranger le siège de la société, les associés ont virtuellement, mais nécessairement renoncé au bénéfice de l'article 14, et volontairement soumis à la juridiction étrangère le jugement des contestations qui pourraient s'élever entre eux. Ce n'est donc que la consécration du principe de la liberté des conventions : la Cour a voulu dire que l'on peut renoncer au bénéfice de l'article 14. Nous verrons, en parlant de la renonciation à ce privilège, s'il est vrai qu'un Français doive être toujours et nécessairement réputé avoir renoncé à se prévaloir du bénéfice de cette disposition, par cela seul qu'il a formé avec des étrangers une société dont le siège est à l'étranger.

(518) Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 1^{er}, § 62, n. 3. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 bis, n. 11. — Massé, *Dr. com.*, t. 1^{er}, n° 687^{ter}. — Lyon-Caen, *Condit. des sociétés étrang. en France*, § 37, p. 64. — Fœlix et Demangeat, t. 1^{er}, n° 175. — Demolombe, t. 1^{er}, n° 250. — Req. rej., 8 juil. 1840; S., 40, 1, 866. — Trib. com. Havre, 27 mai 1874; *J. dr. int.*, 1875, p. 187. — Trib. com. Rouen, 8 fév. 1875; *op. cit.*, 1876, p. 102. — Req. rej., 6 fév. 1878; S., 80, 1, 79.

(519) S., 65, 1, 217.

206. — En ce qui concerne les successions, les héritiers français sont autorisés à exercer un prélèvement sur les biens qui sont situés en France, et, dès lors, la question devra être déferée aux tribunaux français, car il s'agit de sauvegarder les droits reconnus au profit des nationaux par la loi française et garantis par elle (520).

Mais il faut aller plus loin et décider, en vertu de la règle générale que nous avons posée, que les tribunaux français seront compétents pour statuer, aux termes de l'article 14, sur la demande intentée par un héritier français contre ses cohéritiers étrangers, ou par un créancier ou un légataire français contre les héritiers étrangers, alors même que la succession serait ouverte à l'étranger, et que les immeubles dépendant de cette succession seraient, en tout ou en partie, situés à l'étranger. Ici encore, il est vrai de dire que les articles 59, § 6, C. pr. et 822, C. civ., n'ont été rédigés qu'en vue des successions ouvertes en France, et n'ont apporté aucune dérogation à la règle générale écrite dans l'article 14 (521).

M. Demangeat (522) admet cependant qu'il faut voir, avant

(520) Civ. cassat., 29 déc. 1856; S., 57, 1, 257.

(521) Massé et Vergé, sur Zachariæ, *loc. cit.* — Massé, *Dr. com.*, t. I^{er}, n° 686, p. 652. — Bonfils, n° 73. — Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 9, 10 et 11. Demolombe, *loc. cit.* — Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 65, n. 1. — Paris, 17 nov. 1834; S., 36, 2, 171. — 11 déc. 1847; S., 48, 2, 49. — 11 déc. 1855; S., 56, 2, 302. — Trib. civ. Poitiers, 29 déc. 1874; *J. dr. int.*, 1875, p. 441. — M. Fœlix, qui admet aussi cette solution (t. I^{er}, n° 175, p. 360), ne prévoit cependant que l'hypothèse où la succession est ouverte en France, lorsqu'il s'agit d'une action intentée par un créancier ou un légataire contre l'héritier étranger (*loc. cit.*, p. 361). Mais, si l'on rattache cette solution à l'article 14, comme le fait cet auteur, il n'y a pas de différence à établir entre ce dernier cas et celui où l'action est intentée par un héritier français contre l'héritier étranger. La circonstance que la succession est ouverte en France est indifférente, et la seule chose essentielle est que le créancier ou le légataire soit français.

(522) Sur Fœlix, t. I^{er}, p. 360 et 362, n. a.

tout, quel est le lieu de l'ouverture de la succession, parce que l'on doit, selon lui, s'en tenir au principe posé par l'article 59, n° 6, C. pr. Que l'on défende une telle doctrine, nous le voulons bien ; mais, pour être logique, il faudrait, à notre avis, donner une solution semblable en ce qui concerne les autres dispositions de cet article. Aussi sommes-nous étonné de voir ce savant auteur approuver M. Fœlix, quand il décide que l'étranger qui a contracté avec un Français une société dont le siège est fixé à l'étranger, peut être traduit devant les tribunaux français pour l'exécution des engagements pris envers son coassocié français (523). Il admet sans difficulté que l'article 14 doit prévaloir sur le n° 5 de l'article 59 ; mais il aurait, dit-il, beaucoup de peine à sacrifier aussi le n° 6 du même article 59 (524). Nous ne comprenons pas très-bien cette distinction, et nous ne voyons pas pourquoi le privilège du Français continuerait d'exister, alors qu'il s'agit d'une société établie à l'étranger, tandis qu'il devrait disparaître devant la règle spéciale de compétence édictée en matière de succession.

Loin de nous la pensée de conseiller à un héritier français de faire usage d'une faculté aussi exorbitante, alors surtout que les biens sont en tout ou en partie situés à l'étranger. Si l'on ne considérait que la nature de ces actions et l'intérêt bien entendu des plaideurs, il est incontestable que la solution qui s'imposerait, serait l'unité de juridiction. Mais, en présence de l'article 14 et surtout de l'esprit dans lequel il a été rédigé, il nous semble bien difficile d'admettre que le législateur ait entendu consacrer cette solution. L'article 59 ne parle que des successions ouvertes dans l'étendue du territoire français, et c'est à la disposition de l'article 14 qu'il faut recourir, lorsqu'il s'agit d'une succession ouverte à l'étranger, c'est-à-dire, quand il faut rechercher si la

(523) T. I^{er}, p. 359, n. a.

(524) T. I^{er}, p. 360, n. a.

compétence appartient au tribunal français ou au tribunal étranger (525).

La femme française peut également invoquer le bénéfice de l'article 14 contre les héritiers de son mari qui sont étrangers, alors même que le mari défunt aurait eu son domicile à l'étranger (525 *bis*).

207. — C'est toujours en vertu du même principe que l'on doit admettre que l'article 59, § 7, qui attribue compétence au juge du domicile du failli, ne règle qu'une question de compétence entre plusieurs tribunaux français, mais qu'il ne déroge pas à l'article 14 et ne saurait, dès lors, être invoqué, lorsque son application aurait pour résultat de donner compétence à un tribunal étranger. Le créancier français d'une société étrangère conserve donc toujours le droit de l'actionner devant les tribunaux français, bien qu'elle ait été déclarée en faillite par un tribunal étranger, tant que le jugement n'a pas reçu l'*exequatur* en France (526).

Cette solution nous paraît résulter de l'interprétation stricte et rigoureuse de nos lois actuelles ; mais nous sommes loin de mé-

(525) *Contrà*: Antoine, *Succession en droit international privé*, avec une préface de M. Dubois, p. 133, *in fine*. — Civ. cassat., 22 mars 1865, cité à la note suivante. — V. aussi, Paris, 14 janv. 1873; Dal., 74, 2, 234. — Besançon, 28 juil., 1875; S., 76, 2, 20.

(525 *bis*) Fœlix, t. I^{er}, n° 175, p. 361. — Arrêt de la Cour de Paris, du 7 août 1840, cité par le même auteur. — V. cependant, Demangeat, sur Fœlix, *loc. cit.*, n. a. — Civ. cassat., 22 mars 1865; S., 65, 1, 175. — Ce dernier arrêt ne reconnaît toutefois la compétence exclusive du tribunal étranger, que relativement aux difficultés qui peuvent s'élever sur la composition de la masse mobilière de la succession.

(526) Massé, t. I^{er}, n° 687 *bis*. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, n. 12. — Lyon-Caen, *op. et loc. cit.* — Liège, 17 juin 1839; rapporté dans Dalloz, *Répert.*, V° *Faillite*, n° 575. — Lyon, 24 avril 1850; S., 51, 2, 354. — Trib. civ. Marseille, 20 janv. 1870, confirmé par Aix, 15 mars 1870; S., 70, 2, 297. — Paris, 30 juil. 1869; *Le Droit*, 12 sept. 1869. — Trib. com. Marseille, 16 août 1871, cité dans les *observations* qui accompagnent l'arrêt sui-

connaître les graves objections qu'elle peut soulever. Nous savons bien que beaucoup de questions naissant de la faillite pourront être difficilement résolues par un tribunal autre que celui qui l'a prononcée, et qui est en possession des pièces qui s'y rapportent. Il est vrai encore que le jugement obtenu par le Français dans son pays, pourra être paralysé en tout ou en partie, par suite des mesures de liquidation judiciaire prises à l'étranger. Ce sont là des considérations assurément fort graves, mais qui ne prouvent nullement l'inexactitude juridique de la solution que nous avons adoptée. Elles prouvent qu'il sera souvent à désirer que le Français, dans l'intérêt d'une bonne justice et dans son propre intérêt, renonce à son privilège et porte sa demande devant le tribunal étranger. Mais, en face de la règle générale de l'article 14 et des motifs qui ont fait écrire cette disposition exceptionnelle, il est impossible d'admettre qu'en droit, un Français se trouve privé de la protection que le législateur a voulu lui assurer, par cela seul que son débiteur étranger, ces-

vant. — Aix, 28 août 1871, confirmé par req. rej. 12 nov. 1872; S., 73, 1, 17, et la *note*. — *Contrà*: Bonfils, n° 248. — Req. rej., 30 nov. 1868; Dal., 69, 1, 194. — Trib. civ. Seine, 30 janv. 1869; *Le Droit*, *loc. cit.* — 21 avril 1875; *J. dr. int.*, 1876, p. 181. — Dans l'espèce sur laquelle la Cour de cassation était appelée à se prononcer, en 1868, les parties étaient sans doute étrangères, mais le motif donné par la Cour, c'est-à-dire la nature indivisible de la situation créée par la faillite, aurait dû logiquement entraîner une semblable solution, alors même que l'une des parties ou toutes les deux auraient été françaises. — Ceux qui admettent une doctrine contraire à la nôtre, se trouvent en présence d'une autre question : celle de savoir si le jugement déclaratif de faillite ne doit pas avoir été rendu exécutoire, pour que l'on puisse attribuer une compétence exclusive aux tribunaux étrangers. Si nous adoptons ce système, nous déciderions que le jugement étranger de faillite, considéré comme un document qui constate un état de fait, doit suspendre les poursuites individuelles des créanciers, même avant d'avoir été rendu exécutoire. Carle, *Faillite dans le dr. int. privé*, traduit et annoté par M. Dubois, n° 34. — V. cependant, Aix, 28 août 1871, sur arrêt confirmatif; S., 73, 2, 18.

sant de remplir ses engagements, aura été déclaré en faillite par une juridiction étrangère.

Ne pourrait-on pas toutefois combattre notre doctrine, en invoquant l'autorité du jugement étranger, déclaratif de faillite, qui doit avoir pour effet de suspendre les poursuites individuelles des créanciers ? Sans doute, si l'on admet que les créanciers français peuvent considérer ce jugement comme non avenu, si l'on décide que non-seulement il n'est pas exécutoire, mais qu'il n'a même pas l'autorité de la chose jugée en France, il en résultera que l'article 14 reprendra tout son empire, et pourra être invoqué par le créancier français, aussi longtemps du moins que ce jugement n'aura pas été revêtu de l'*exequatur* en France. Mais si l'on décide que le jugement de faillite a en France l'autorité de la chose jugée, ne doit-on pas, pour être logique, refuser au Français le droit de poursuivre le failli étranger devant les tribunaux français ?

C'est là assurément une conséquence qui devrait découler du principe de l'autorité des jugements étrangers, mais qu'il nous paraît impossible d'admettre dans notre législation actuelle. Quand bien même on adopterait ce principe, comme nous serions disposé à le faire nous-mêmes, il faudrait toujours tenir compte des dispositions législatives qui peuvent en limiter l'étendue. Or, l'article 14, par la généralité de son texte et par l'esprit dans lequel il a été rédigé, nous semble ne laisser aucun doute à cet égard. Il a eu pour but de protéger les nationaux, en leur assurant, dans tous les cas, le bénéfice de la justice française. Cette protection, nous l'avons dit, est loin d'être efficace et ne saurait être justifiée; mais enfin, elle est établie par un texte formel, et, pour appliquer cette loi, nous devons nous inspirer des motifs qui ont inspiré le législateur lui-même. Or, ce serait aller directement contre le but qu'il a voulu atteindre, que de refuser au Français cette protection, qui doit lui être accordée en matière de succession et de société. Cette solution est, sans doute, peu en harmonie avec la nature de la faillite, mais elle

nous paraît, au contraire, tout à fait conforme à l'esprit du législateur, qui n'a pas craint de sacrifier au profit du Français la règle générale de compétence : *Actor sequitur forum rei*, en lui permettant de soustraire son débiteur étranger à la juridiction de ses juges naturels. Nous jouons ici le rôle d'interprète; si nous étions chargé de faire la loi, nous dirions qu'un seul tribunal doit être compétent, non-seulement pour déclarer la faillite, mais encore pour statuer sur les actions intentées par les créanciers au cours de la faillite (527).

Quoi qu'il en soit, il est à souhaiter de voir les différents États adopter le plus tôt possible des règles uniformes, qui consacrent, au point de vue de la compétence, l'unité de la faillite et donnent juridiction à un seul tribunal (527 bis).

208. — Enfin, il nous paraît certain que l'article 420, C. pr. ne saurait être opposé au Français, en matière commerciale, pour lui enlever le droit de traduire son débiteur étranger devant les tribunaux français. Cet article ne fait que consacrer, dans son alinéa premier, le principe : *Actor sequitur forum rei*, auquel l'article 14 a eu pour but d'apporter une dérogation remarquable. Quant aux dispositions purement facultatives contenues dans les deux autres alinéas, elles n'ont pas eu pour objet et ne sauraient avoir pour effet de priver du bénéfice de l'article 14 le Français demandeur en matière commerciale (528).

(527) V. dans le sens de l'unité de juridiction, Carle, *Faillite, dans le dr. int. privé*, n° 23, et note de M. Dubois, n° 50, VI.— V. aussi les résolutions adoptées par le Congrès juridique international, tenu à Turin en 1880; *J. dr. int.*, 1880, p. 625.

(527 bis) Les traités avec la Suisse contiennent des stipulations spéciales pour les faillites. Nous aurons l'occasion d'en parler, lorsque nous rechercherons quel est le juge compétent pour déclarer la faillite d'un étranger. (V. n° 344.)

(528) Aubry et Rau, t. VIII, § 748 bis, n. 8. — Colmar, 30 juin 1865; S., 66, 2, 25. — Trib. com. Havre, 27 mai 1874; *J. dr. int.*, 1875, p. 187.

SECTION VII.

Nature de l'article 14. — Renonciation à ce bénéfice.

209. — Il nous reste à résoudre une importante question, qui se rattache à celle de la compétence de nos tribunaux dans les procès intentés par un Français contre un étranger. Le Français demandeur peut-il valablement renoncer au privilège que lui confère l'article 14 ? Quelle est la nature de cette disposition ? Est-ce une de ces règles d'ordre public, à l'application desquelles il est défendu de se soustraire, en vertu du principe que l'intérêt général doit l'emporter sur l'intérêt individuel et paralyser la liberté des conventions (art. 6, C. civ.) ? N'est-ce pas, au contraire, une disposition destinée simplement à favoriser les intérêts privés des citoyens, dont le Français puisse à son gré refuser le bénéfice ?

Le doute ne nous paraît pas possible sur la question de savoir quel est le véritable caractère de ce texte législatif. Nous comprenons très-bien qu'aucun juge étranger ne puisse avoir juridiction dans un pays sur lequel la France exerce sa puissance, et voilà pourquoi le Français ne pourrait renoncer à l'application des articles 2123, C. civ. et 546, C. pr., qui ont été rédigés dans l'intérêt de la souveraineté française (528 bis). Au contraire, l'intérêt public et l'indépendance nationale sont complètement désintéressés dans la question qui nous occupe. Il ne s'agit pas ici d'un ordre établi entre différentes juridictions, mais de deux juridictions tout à fait indépendantes. Comment donc l'ordre public peut-il se trouver atteint, par cela seul qu'un Français renonce à user de toutes les rigueurs autorisées dans son intérêt à l'encontre des étrangers ? Qu'importe à l'indépendance de la France que les citoyens réclament ou refusent le bénéfice conféré

par l'article 14? C'est une faveur qui a été accordée aux Français, une simple faculté, comme le prouve le texte lui-même dont nous parlons, et, d'après les principes de droit commun, chacun peut renoncer à un privilège qui a été établi dans son intérêt privé. C'est à lui de voir s'il doit, comme l'a fait le législateur dans un but de protection, refuser sa confiance au tribunal étranger, ou s'il ne doit pas, au contraire, pour la satisfaction même de son intérêt personnel, s'adresser au tribunal de son adversaire. Il est juste aussi qu'il puisse renoncer à cette faveur exorbitante, pour donner satisfaction aux exigences de la bonne foi, vis-à-vis d'un étranger qui n'a connu, en fait, que sa loi nationale. Lui refuser ce droit, ce serait d'ailleurs retourner contre lui une disposition de faveur, établie dans le but de le protéger. Ce serait, en effet, mettre un obstacle aux conventions qu'il voudrait faire avec des étrangers, car il peut arriver que ceux-ci ne consentent à traiter avec lui que sous la condition qu'il renoncera au bénéfice de l'article 14. D'un autre côté, on arriverait ainsi à contraindre le Français à venir plaider devant les tribunaux de France, à une distance peut-être considérable, lorsqu'il habite un pays étranger, qu'il y a toutes ses relations établies, qu'il y possède des établissements de commerce, alors qu'il ne lui répugne en aucune façon de se soumettre à la justice locale.

Ajoutons enfin qu'il serait singulier de voir un Français, qui peut renoncer à son droit principal, c'est-à-dire à sa créance même, dans l'impossibilité de renoncer à ce qui n'est qu'un accessoire attaché à sa qualité de Français. On lui reconnaîtrait la faculté de faire décider le procès par de simples arbitres, et on lui refuserait celle de revenir à la règle fondamentale : *Actor sequitur forum rei*, et de soumettre la question à une juridiction étrangère, légalement et régulièrement instituée (529).

(529) Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 55, n° 31 et *observations* sur un arrêt de Paris, du 11 juin 1877; S., 77, 2, 313. — Bonfils, n° 83. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, n. 25. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I^{er}, § 62, n. 9. — Massé, *Dr. com.*, t. I^{er}, n° 691. — Dal., *Répert.*, V^o *Droit civil*, n° 284. — Demolombe, t. I^{er}, n° 251. — Fœlix, t. I^{er}, n° 181.

La jurisprudence a également consacré ce principe, en exigeant toutefois, à raison, que la renonciation du Français soit aussi manifeste et aussi certaine que l'est son droit lui-même (530).

210. — Cette renonciation pourra être expresse et résulter d'une convention attributive de juridiction à un tribunal étranger. Il pourra être stipulé que les difficultés auxquelles donneront lieu les clauses du contrat, seront portées devant le tribunal du défendeur, et une telle convention fera la loi entre les parties (531).

211. — La renonciation pourra aussi n'être que tacite et résulter d'actes qui impliquent d'une manière certaine, de la part du Français, l'intention de ne pas se prévaloir du droit établi à son profit par l'article 14. C'est là une pure question de fait, qui devra être appréciée souverainement par les tribunaux (532).

C'est ainsi que l'élection de domicile à l'étranger, faite par un Français dans un acte passé avec un étranger, pourra, selon les circonstances, être considérée comme impliquant cette renonciation, et obligeant le Français à poursuivre l'étranger devant les tribunaux de son pays. Il serait trop absolu de voir dans cette

(530) V. notamment, req., rej., 15 nov. 1827; C. n., 8, 1, 702. — 24 fév. 1846; S., 46, 1, 153. — 11 déc. 1860; S., 61, 1, 336. — Civ. rej., 21 nov. 1860; S., 61, 1, 331. — Req. rej., 19 déc. 1864; S., 65, 1, 217. — Paris, 11 janv. 1865; S., 66, 2, 147. — Chambéry, 1^{er} déc. 1866; S., 67, 2, 182. — Lyon, 1^{er} juin 1872; S., 72, 2, 174. — Req. rej., 28 fév. 1877; S., 77, 1, 260. — 9 déc. 1878; Dal., 79, 1, 176. — Civ. cassat., 13 août 1879; Dal., 1880, 1, 85. — Rennes, 26 déc. 1879; Dal., 1880, 2, 52. — V. cependant les arrêts indiqués aux notes 288 et 289, et Paris, 11 juin 1877; Dal., 78, 2, 209. Ce dernier arrêt a été cassé par l'arrêt de la Chambre civile du 13 août 1879, ci-dessus indiqué.

(531) Poitiers, deux arrêts du 18 mai 1859, sur arrêts confirmatifs de la Cour suprême; S., 61, 1, 331 à 336. — Paris, 11 janv. 1865; S., 66, 2, 147. — Nîmes, 20 août 1866; S., 67, 2, 177. — Chambéry, 1^{er} déc. 1866; S., 67, 2, 182.

(532) Req. rej., 28 fév. 1877, et 9 déc. 1878, cités à la note 530.

renonciation une conséquence nécessaire de l'élection de domicile à l'étranger. Sans doute, l'élection de domicile faite en France a pour effet de contraindre le demandeur à porter son action devant le juge du domicile élu, alors du moins que ce domicile a été élu dans l'intérêt exclusif du débiteur, ou dans l'intérêt commun des deux parties (art. 111, C. civ. et 59, § 9, C. pr.) (533). Mais cette règle de compétence spéciale entre les tribunaux français suppose résolue la question de compétence générale, qui doit toujours être tranchée d'après l'article 14. Le juge aura donc à examiner, d'après les circonstances, si cette élection de domicile peut être considérée comme une renonciation du Français à poursuivre l'étranger ailleurs que devant les tribunaux de son pays (534).

Il ne faut pas non plus voir nécessairement une renonciation au bénéfice de l'article 14, dans le fait, de la part d'un Français, de former avec des étrangers une société dont le siège est à l'étranger, alors du moins que les statuts sociaux n'attribuent pas compétence, d'une manière expresse, aux tribunaux étrangers. L'étranger ne saurait invoquer l'article 59 du Code de procédure, pour prétendre que toute demande, en matière de société, doit être portée devant le juge du lieu où elle est établie, puisque, comme nous l'avons précédemment montré, cet article n'a pour but que de déterminer la compétence spéciale parmi les tribunaux français, et il s'agit ici de savoir si c'est au tribunal français ou au tribunal étranger qu'il appartient de statuer sur les contestations relatives à la société (535).

Ici encore, le juge aura donc à examiner si, d'après les circonstances, le Français doit être considéré comme ayant tacitement renoncé au droit de poursuivre ses coassociés devant les tribunaux français.

(533) Civ. cassat., 14 juin 1875; S., 76, 1, 172.

(534) Massé, *loc. cit.*

(535) Rennes, 26 déc. 1879; Dal., 1880, 2, 52. — V. toutefois, req. rej., 19 déc. 1864; S., 65, 1, 217.

On ne saurait voir non plus une renonciation à l'article 14, dans le seul fait de souscrire des actions dans une société dont le siège est à l'étranger, alors même que la loi étrangère déciderait, comme le fait notre Code de procédure, qu'en matière de société le défendeur devra être assigné devant le juge du lieu où elle est établie. L'actionnaire, en effet, a pu ignorer la règle de compétence édictée par la législation étrangère, et ici encore nous nous trouvons en présence d'une question de fait à examiner par le tribunal saisi de la contestation (536).

212. — Mais il en est autrement, dans l'hypothèse où il y a une clause formelle des statuts attribuant compétence aux tribunaux étrangers. Cette clause est opposable aux actionnaires français, car la souscription d'une action implique de la part du souscripteur adhésion aux statuts de la société (537).

Elle doit toutefois être interprétée d'après la nature de l'acte dans lequel elle se trouve, et il est naturel de considérer comme se rapportant seulement aux contestations sociales, une clause relative à la compétence, insérée dans un acte de société. Il ne faudra donc enlever à la compétence des tribunaux français, pour l'attribuer aux tribunaux étrangers, que la connaissance des contestations sociales, c'est-à-dire des demandes que les actionnaires pourront avoir à former en cette qualité, à raison de l'interprétation de l'acte de société ou de son exécution. Qu'un actionnaire, par exemple, fasse un contrat de bail avec la société, les tribunaux français seront compétents pour connaître des contestations relatives à l'exécution du bail, car le bailleur agit

(536) Paris, 29 avril 1876; S., 77, 1, 260.

(537) Lyon-Caen, *Condit. des sociétés étrang. en France*, n° 34. — Chambéry, 1^{er} déc. 1866; S., 67, 2, 182. — Dijon, 19 mars 1868; S., 68, 2, 333. — Civ. cassat., 24 août 1869; S., 70, 1, 201. — Trib. com. Seine, 10 juin 1874; *J. dr. int.*, 1875, p. 440. — V. aussi les *observations* de M. l'avocat général Saulnier de la Pinelais, devant la Cour de Rennes; Dal., 1880, 2, 54. — V. toutefois, Paris, 29 avril 1876; confirmé par req. rej., 28 fév. 1877; S., 77, 1, 260.

en cette qualité et non comme actionnaire : il n'y a pas là une contestation sociale.

Il pourra toutefois s'élever des difficultés sur le point de savoir si une contestation doit ou non être considérée comme contestation sociale, et soustraite, comme telle, à la compétence des tribunaux français, en vertu de la clause insérée dans les statuts. Une pareille clause était écrite dans les statuts de la compagnie de chemins de fer *Victor Emmanuel*, qui fut assignée, en 1867, par un actionnaire devant le tribunal de commerce de la Seine, en paiement de coupons d'intérêts stipulés payables à Paris. Par un jugement du 16 février 1867, le tribunal se déclara compétent, et ce jugement fut confirmé par un arrêt de la Cour de Paris, du 18 mai 1867 (538). Nous ne saurions approuver la manière de voir de ces deux juridictions, et c'est à bon droit, selon nous, que ce système a été condamné par la Chambre civile de la Cour de cassation, le 24 août 1869 (539). Les coupons d'intérêts étaient sans doute payables à Paris, et l'article 420 du Code de procédure donne compétence au tribunal dans l'arrondissement duquel le paiement doit être effectué; mais cet article, qui suppose reconnue la compétence générale des tribunaux français, ne peut trouver son application qu'autant que le Français demandeur n'a pas renoncé au bénéfice qu'il tient de l'article 14. Or, il s'agissait ici d'une véritable contestation sociale, et, par suite, l'actionnaire devait être regardé comme ayant renoncé au droit d'agir devant les tribunaux français, en vertu de la clause attribuant compétence au tribunal de Florence. C'était bien une contestation sociale, puisque la demande reposait sur l'inexécution d'un article des statuts, assurant le paiement des intérêts aux actionnaires, et avait pour objet de combattre une mesure prise par le conseil d'administration, de nature à atteindre indistinctement tous les actionnaires.

(538) S., 70, 1, 201.

(539) S., *loc. cit.*

Il a été jugé qu'il en serait autrement de la résolution prise par une société étrangère de ne plus payer que dans la ville où est le siège social, alors que cette modification est en dehors des prévisions des statuts et ne constitue, en réalité, qu'une simple mesure d'administration intérieure. Dans de telles circonstances, le Français a été admis à porter son action devant les tribunaux français (540).

A plus forte raison, les tribunaux français seront-ils compétents pour statuer sur la demande en dommages-intérêts, formée par des actionnaires de la société étrangère contre le président de cette société, ou contre d'autres actionnaires, et fondée sur l'existence de manœuvres dolosives, employées dans un but d'intérêt particulier. Il ne s'agit pas là de contestation sociale, mais d'une action basée sur des faits frauduleux, engageant la responsabilité personnelle de ceux qui y ont pris part (541).

213. — La clause dont nous venons de parler, dérogoire à l'article 14, et obligatoire pour les actionnaires français, ne serait pas d'ailleurs opposable aux Français porteurs d'obligations, ni aux autres créanciers de la société, qui sont des tiers et ne peuvent être considérés comme ayant adhéré aux statuts (542). Il en serait autrement, si cette clause leur avait été rendue opposable par une déclaration expresse faite au moment du contrat passé avec eux, ou par une mention inscrite sur le titre des obligations ; ou si, par suite de la publication de cette clause, lors de la constitution de la société, le créancier en avait eu connaissance et pouvait être considéré comme ayant renoncé au bénéfice de l'article 14.

213 *bis*. — La clause attributive de compétence à un tribunal étranger, pourra également être insérée dans un tarif inter-

(540) Paris, 29 avril 1876, sur cassat., S., 77, 1, 260.

(541) Paris, 13 août 1869, confirmé par civ. rej., 4 déc. 1871 ; S., 71, 1, 195. — 2 août 1871, confirmé par req. rej., 26 mars 1873 ; S., 73, 1, 387.

(542) Paris, 5 mars 1869 ; S., 69, 2, 111.

national, arrêté entre plusieurs compagnies de chemins de fer, et portant « qu'en cas d'accident, perte ou retard, le dommage sera réglé au lieu de destination, et, s'il y a litige, devant le tribunal de ce lieu. » Cette clause, obligatoire pour les compagnies qui l'ont consentie, vaut également comme renonciation tacite, à l'égard de l'expéditeur qui y adhère, en réclamant pour le transport de ses marchandises le tarif dans lequel elle est inscrite. Il ne saurait, en effet, se prévaloir du tarif et profiter des conditions avantageuses de transport qu'il peut offrir, tout en refusant de se soumettre à la clause relative à la compétence (543).

214.— Il se peut que la clause insérée dans les statuts d'une société ou compagnie étrangère, qui enlève aux tribunaux français le droit de statuer sur les contestations sociales, ajoute que les contestations dont il s'agit seront portées devant des arbitres, et non pas devant le tribunal du siège de la société. Cette clause compromissaire doit-elle être considérée comme valable ?

La nullité de cette clause a été prononcée par la Cour de Paris, dans un arrêt du 8 novembre 1865 (544). Mais sa validité avait, au contraire, été reconnue par un autre arrêt de la même Cour, du 11 janvier 1865 (545).

Selon M. Lyon-Caen (546), il faut, dans tous les cas, reconnaître la validité de cette clause compromissaire. Cette clause, à

(543) Trib. com. Seine, 28 juil. 1875; *J. dr. int.*, 1875, p. 431. — *Contrà*: Paris, 11 juin 1877; Dal., 78, 2, 209. — Cet arrêt a été cassé par un arrêt de la Chambre civile, du 13 août 1879; Dal., 80, 1, 85, et l'affaire renvoyée devant la Cour d'Amiens qui s'est prononcée dans le même sens que la Cour suprême, le 11 août 1880; *J. dr. int.*, 1880, p. 575. — V. aussi les *observations* de M. Lyon-Caen, sous l'arrêt de Paris du 11 juin 1877; S., 77, 2, 313. — V. n° 105.

(544) S., 66, 2, 117.

(545) S., 66, 2, 147.—V. aussi Chambéry, 1^{er} déc. 1866; S., 67, 2, 182.—V. aussi trib. sup. de l'empire d'Allemagne, 3 juin 1874; *J. dr. int.*, 1876, p. 112.—Pour la jurisprudence belge, V. *op. cit.*, 1875, p. 298.

(546) *Op. cit.*, p. 111.

son avis, a, en définitive, deux buts différents : elle se propose, avant tout, d'écarter la compétence du tribunal français, et, en second lieu, elle contient attribution de compétence à des arbitres étrangers. La première partie de la clause est valable, puisque ce n'est qu'une renonciation du Français à l'article 14, et, dès lors, le tribunal français est incompétent. Il ne servirait donc à rien de prononcer la nullité de la seconde partie, car nos tribunaux devraient se dessaisir, et le tribunal étranger devant lequel l'action serait portée, ne manquerait pas de renvoyer l'affaire devant des arbitres, si la législation du pays n'y mettait pas obstacle.

Sans doute, la question de validité ou de nullité de la clause compromissoire serait, en fait, sans intérêt pour nous, si, dans un cas comme dans l'autre, elle était valable en tant que renonciation, et si l'incompétence de nos tribunaux devait toujours en résulter. Mais nous ne croyons pas qu'il soit possible de diviser ainsi la clause dont il s'agit, et de voir dans la renonciation et dans la clause compromissoire deux choses absolument distinctes. Il y a, il est vrai, une renonciation au bénéfice de l'article 14, mais, dans l'intention des parties, cette renonciation est bien moins une clause distincte, que la conséquence de l'attribution de compétence à des arbitres étrangers. Dès que cette dernière clause a été déclarée nulle par le tribunal, la renonciation elle-même doit disparaître, et le Français doit pouvoir réclamer le bénéfice de l'article 14, dont il ne s'était volontairement privé que pour accepter une juridiction à laquelle il n'a pas pu légalement se soumettre (547). Il y a donc grand intérêt à rechercher si la clause compromissoire est nulle ou valable, puisque, selon que l'on admet l'une ou l'autre de ces solutions, il faudra prononcer la nullité ou la validité de la renonciation.

Il faut, croyons-nous, s'attacher à la législation en vigueur

(547) Trib. com. Rouen, 7 fév. 1879; *J. dr. int.*, 1880, p. 102. — V. cependant, Chambéry, 1^{er} déc. 1866; S., 67, 2, 182.

dans le pays où le contrat a été passé, pour savoir si la clause compromissoire et, par suite, la renonciation, peut être opposée au Français par la société défenderesse (548). C'est, en effet, par la loi du lieu où elle a été formée, qu'une convention intervenue entre Français et étranger doit être appréciée, non-seulement quant à sa forme, mais aussi quant à ses conditions essentielles, et, dans les rapports de l'actionnaire avec la société, la clause compromissoire doit être réputée consentie dans le pays où l'engagement a été souscrit (549).

Lorsqu'une clause compromissoire se trouve insérée dans les statuts d'une société étrangère, et que sa validité a été reconnue, il faut décider qu'elle ne s'applique qu'aux contestations sociales proprement dites, comme nous l'avons dit déjà pour la clause qui attribue compétence au tribunal du siège de la société.

215.— Parmi les faits que les tribunaux ont à apprécier, et qui peuvent entraîner la renonciation tacite au bénéfice de l'article 14,

(548) C'est à l'aide de cette règle que l'on pourrait, à notre avis, justifier les solutions différentes données par les arrêts indiqués aux notes 544, 545.

(549) Civ. cassat., 23 fév. 1864; S., 64, 1, 385. — La jurisprudence admet aujourd'hui que la clause compromissoire est soumise aux conditions exigées pour le compromis par l'article 1006, C. pr., c'est-à-dire qu'elle doit, à peine de nullité, désigner les objets en litige et les noms des arbitres. Civ. cassat., 2 déc. 1844; Dal., 45, 1, 40. — Lyon, 7 fév. 1849; Dal., 49, 2, 178. — Colmar, 28 nov. 1849; Dal., 52, 2, 201. — Bordeaux, 28 août 1851; Dal., 53, 5, 22. — Paris, 23 juil. 1852; Dal., 54, 2, 102. — Civ. cassat., 23 mai 1860; Dal., 60, 1, 243. — Chambéry, 1^{er} déc. 1866; S., 67, 2, 182. — Req. rej., 18 juin 1872; Dal., 72, 1, 172. — 15 juil. 1879; Dal., 80, 1, 106. — 22 mars 1880; Dal., 80, 1, 342. — V. aussi les auteurs et les arrêts cités dans un sens ou dans l'autre, dans Dalloz, *Répert.*, V^o *Arbitrage* n^o 454. — La clause doit être considérée comme valable, quand elle remplit les conditions de l'article 1006, C. pr. Elle ne diffère alors du compromis que par le caractère éventuel de la contestation à soumettre aux arbitres, et cette éventualité n'empêchant point que la composition du tribunal arbitral, et la matière de la sentence qu'il peut être appelé à rendre, ne soient dès à présent déterminées, ne saurait suffire pour entraîner la nullité de la stipulation.—V. aussi art. 332, C. com. Req. rej., 27 nov. 1860; Dal., 61, 1, 494.

il en est un qui a donné naissance à certaines difficultés qu'il nous faut maintenant examiner. Il s'agit de savoir si le Français qui a cité un étranger devant les tribunaux de son pays, peut encore l'assigner devant les tribunaux français, ou si, au contraire, on doit voir dans cette citation une renonciation à se prévaloir à l'avenir du droit d'agir devant les tribunaux français. La question peut se présenter dans deux hypothèses différentes : il se peut que l'instance engagée par le Français soit encore pendante devant le tribunal étranger, ou que déjà le litige ait été vidé et le jugement rendu. Dans la première hypothèse, le Français est-il réputé, par le seul fait de la citation donnée devant les magistrats étrangers, avoir renoncé au droit qu'il puise dans l'article 14 ? Ne peut-il pas abandonner l'instance commencée et venir engager un nouveau débat en France ?

Il faut tout d'abord écarter une autre question, étrangère au sujet, et qui ne pourrait qu'obscurcir la question actuelle, en la présentant sous un faux jour. C'est à tort, en effet, que l'on a voulu résoudre cette difficulté, en recherchant si l'étranger pouvait ou non opposer la litispendance devant un tribunal étranger (550). Aux termes de l'article 171, C. pr., « s'il a été formé précédemment, en un autre tribunal, une demande pour le même objet... le renvoi pourra être demandé et ordonné. » L'étranger ne pourrait, selon nous, opposer la litispendance devant le tribunal étranger, car l'article 171 suppose une demande portée à la fois devant deux tribunaux du même pays, tous deux compétents, et chargés par le même pouvoir de rendre la justice (551).

(550) Fœlix, t. Ier, n° 182. — Montpellier, 12 juil. 1826 ; C. n., 8, 2, 259. — V. aussi, trib. civ. Seine et arrêt infirmatif de Paris, du 9 août 1881 ; *Le Droit*, 28 août.

(551) Bonfils, n° 86. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 bis, n. 27, *in fine*. — Massé, t. Ier, n° 692. — Carré et Chauveau, t. II, p. 189, note, n° 2. — Boncenne, t. III, p. 222 et s. — Turin, 21 août 1812 ; C. n., 4, 2, 182. — Bastia, 14 déc. 1839 ; S., 40, 2, 454. — Civ. cassat., 16 fév. 1842 ; S., 42, 1, 714. — Paris, 11 déc. 1855 ; S., 56, 2, 302, — Paris, 29 juin 1858 ; S., 59, 2,

Ici, au contraire, il s'agit d'une demande déjà pendante devant un tribunal étranger, et soumise ensuite à un tribunal français devant lequel l'étranger défendeur soulève la question de compétence. En demandant à nos juges de se dessaisir du procès, il ne propose pas une exception de litispendance, mais il prétend que le Français, en portant sa demande devant un tribunal étranger, a renoncé tacitement au droit que l'article 14 a établi en sa faveur, et a entendu se conformer à la règle générale de compétence. Il ne demande pas au tribunal d'ordonner le renvoi devant une juridiction étrangère, mais de déclarer purement et simplement son incompétence, fondée sur la renonciation du demandeur au bénéfice de la juridiction française. Les juges n'ont donc pas à s'occuper de la question de savoir si la litispendance proprement dite peut exister entre un tribunal français et un tribunal étranger; ils n'ont qu'à rechercher si, en portant sa demande devant des juges étrangers, le Français n'a pas renoncé au bénéfice de l'article 14 (552).

216. — La question ainsi posée nous semble facile à résoudre. L'article 14 ouvre une faculté au Français; c'est à lui de voir s'il entend en user ou revenir à la règle qui veut que le défendeur soit cité devant son juge naturel. A lui d'examiner si, par suite de la nécessité de rendre exécutoire à l'étranger le jugement qui

292. — Rouen, 9 fév. 1859; S., 60, 2, 25. — Req. rej., 11 déc. 1860; S., 61, 1, 336. — Trib. Seine, 29 mai 1873; *J. dr. int.*, 1875, p. 21. — Paris, 12 août 1873; *Le Droit*, 18 et 19 août. — Nancy, 12 juin 1876, *Recueil des arrêts de la Cour de Nancy*, 1877, p. 108. — Trib. civ. Dreux, 20 juin 1877, sur un arrêt de Paris; Dal., 1880, 2, 194. — Paris, 25 juil. 1877; *J. dr. int.*, 1878, p. 163. — Req. rej., 6 fév. 1878; S., 80, 1, 79. — V. cependant, trib. civ. Seine et arrêt infirmatif de Paris, du 9 août 1881; *Le Droit*, 28 août. — Cette solution a été également consacrée par un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 12 avril 1866; *Rev. dr. int.*, 1874, t. VI, p. 281. — Dans le même sens, Cour de Milan, 24 oct. 1871 et trib. de Come, 11 juil. 1872; *Rev. dr. int.*, 1874, t. VI, p. 252.

(552) Bonfils, *loc. cit.* — Massé, t. Ier, n° 692.

sera peut-être sujet à révision, ou par suite d'autres circonstances, il n'est pas de son intérêt d'aller plaider devant la juridiction du défendeur, plutôt que devant les tribunaux français. Quels que soient les motifs qui aient dicté sa résolution, en portant librement et volontairement sa demande devant la justice étrangère, il a renoncé à user de la faculté que lui donnait l'article 14; il a fait son choix, et ce choix a été accepté par l'étranger qui s'est présenté pour répondre à la demande. Le Français ne peut donc revenir sur cette renonciation et n'est plus recevable à saisir les tribunaux français de la même demande (553).

217. — A plus forte raison faut-il donner la même solution, dans l'hypothèse où le tribunal étranger a déjà rendu son jugement, lorsque le Français émet la prétention de recommencer le procès en France. Il faut donc reconnaître qu'en portant son action devant la justice étrangère, il a tacitement renoncé à se prévaloir du bénéfice de l'article 14 (554).

(553) Fœlix, t. 1^{er}, n° 181. — Demolombe, t. 1^{er}, n° 251. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, n. 27. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, § 62, n. 9. — Massé, *Dr. com.*, t. 1^{er}, n° 692. — Paris, 3 mai 1834; S., 34, 2, 305. — Civ. rej., 14 fév. 1837; S., 37, 1, 251. — Paris, 22 nov. 1851; S., 51, 2, 783. — Trib. Seine, 8 janv. 1875; *J. dr. int.*, 1876, p. 101. — *Contrà*: Boncenne, t. III, p. 224 et s. — Montpellier, 12 juil. 1826; C. n., 8, 2, 259.

(554) Massé, *loc. cit.* — Req. rej., 15 nov. 1827; C. n., 8, 1, 702. — 24 fév. 1846; S., 46, 1, 153. — *Contrà*: Trib. com. Bruxelles, 18 nov. 1872; *Rev. dr. int.*, 1874, t. VI, p. 280. Ce jugement décide que le Belge qui a assigné un étranger devant un tribunal étranger, n'en conserve pas moins le droit de saisir de sa demande les tribunaux belges, alors même que le tribunal étranger aurait rendu un jugement sur l'action, si ce jugement n'a pas été rendu exécutoire en Belgique, par la double raison que ce jugement ne peut produire aucun effet et que les renonciations ne se présument pas. Par le premier de ces motifs, le tribunal tombe dans une confusion que nous faisons ressortir dans la suite du texte. Le second motif est aussi peu fondé que le premier. Sans doute, les renonciations ne se présument pas, mais il nous semble que le Belge (ou le Français) renonce tacitement, de la manière la plus formelle, à se pourvoir devant les tribunaux de son pays, quand il porte volontairement et librement sa demande devant le juge étranger. — V. aussi, Paris, 22 juin 1843; S., 43, 2, 346.

Ici encore, il faut se garder d'introduire dans le débat une difficulté qui doit en être entièrement écartée, et ne pas confondre la question de l'autorité de la chose jugée avec celle de la renonciation à la compétence spéciale de l'article 14. Sans doute, lorsqu'il s'agira de mettre à exécution en France le jugement étranger, il y aura lieu d'examiner quels sont les pouvoirs du tribunal français, et la jurisprudence ne manquera pas de se reconnaître le droit de réviser au fond la sentence émanée des magistrats étrangers. Dans ce cas, l'indépendance réciproque des Etats s'oppose à ce que le jugement soit de plein droit exécutoire en France. Mais toute différente est la situation que nous prévoyons en ce moment. L'étranger poursuivi de nouveau par le Français, ne prétend faire produire en France aucun effet à la sentence étrangère ; il ne réclame pas son exécution. Cette sentence reste ou est censée rester complètement inconnue du juge français devant lequel on ne la produit pas. L'étranger défendeur soutient seulement qu'en saisissant dès l'origine la juridiction étrangère, le Français a perdu le droit de le poursuivre plus tard devant les tribunaux français. Le prononcé du jugement qui a eu lieu dans l'hypothèse actuelle, ne saurait donc en rien modifier l'effet produit par la citation à l'étranger, au point de vue de la renonciation qui en résulte. Ce serait, nous le répétons, tomber dans une confusion évidente (555) que de voir une seule et même chose dans ces deux questions cependant distinctes : d'une part, quelle est en France l'autorité d'un jugement rendu à l'étranger, quels sont les pouvoirs du tribunal français sur un tel jugement ; d'autre part, le Français doit-il être réputé avoir renoncé au bénéfice de l'article 14, par cela seul qu'il a porté son action à l'étranger, et peut-il, dès lors, se voir opposer une exception d'incompétence, abstraction faite de toute idée d'exécution de la sentence étrangère sur le territoire français (556).

(555) V. notamment, trib. civ. Nantes, 6 janv. 1844, sur cassation ; S., 46, 1, 475.

(556) Bonfils, n° 87. — Req. rej., 24 fév. 1846 ; S., 46, 1, 153.

218. — La renonciation au bénéfice de l'article 14 peut donc s'induire de ce fait que le Français a porté son action devant la justice étrangère; mais ce n'est là qu'une règle générale, susceptible de recevoir des exceptions. Les tribunaux auront, en effet, à apprécier en fait, si le Français a réellement épuisé son droit d'option (557), s'il a librement et volontairement saisi la juridiction étrangère, et s'il se trouve lié par les actes accomplis devant cette juridiction, ou si, au contraire, la force seule des choses et l'impossibilité de sauvegarder autrement ses intérêts, l'ont forcé à poursuivre l'étranger devant ses juges naturels (558). C'est là une de ces questions pour lesquelles la justice française aura toute latitude d'appréciation.

219. — La Cour de Rouen a jugé, par exemple, que le Français est recevable à traduire l'étranger devant les tribunaux de France, même après avoir formé contre cet étranger une demande pour la même cause devant les tribunaux du pays de celui-ci, alors qu'au moment où a été intentée l'action devant le tribunal étranger, le défendeur ne possédait en France aucune valeur ou propriété qui pût assurer l'exécution du jugement, et qu'il en possède, au contraire, au moment de la demande formée devant les tribunaux français (559). Dans de telles circonstances, si l'assignation avait été donnée en France, le Français n'aurait pu faire exécuter le jugement dans son pays. Il aurait été obligé d'en poursuivre la réalisation dans la patrie du défendeur, où il aurait fallu le faire rendre exécutoire et peut-être recommencer un nouveau procès, si, en vertu de la loi ou par mesure de retorsion, les tribunaux du pays de l'étranger soumettent le jugement

(557) Req. rej., 27 déc. 1852; S., 53, 1, 94. — Lyon, 1^{er} juin 1872; S., 72, 2, 174. — Paris, 25 juil. 1877, confirmé par req. rej., 9 déc. 1878; Dal., 79, 1, 176.

(558) Rouen, 9 fév. 1859; S., 60, 2, 25. — Req. rej., 11 déc. 1860; S., 61, 1, 336.

(559) 19 juil. 1842; S., 42, 2, 389. — V. aussi, Paris, 22 nov. 1851; S., 51, 2, 793, confirmé par req. rej., 27 déc. 1852; S., 53, 1, 94.

français à la révision. Il était naturel que le Français, dans une pareille situation, et pour éviter un circuit coûteux de procédure, saisît directement, dès le principe, la juridiction étrangère. Il avait donc conservé la faculté de citer son débiteur étranger devant les tribunaux de France, puisque la force même des choses et la perspective de nouvelles difficultés et de frais considérables l'avaient seules contraint de suivre cette voie. Il ne pouvait être réputé avoir renoncé à une faculté dont il n'avait pas été mis à même d'user d'une manière utile (560).

Cette décision a été critiquée par M. Fœlix (561), qui prétend que la Cour ne s'est pas rendu un compte exact des conséquences qui pourront résulter de sa décision, de nature à provoquer des mesures de retorsion contre les débiteurs français. Ce sont là, sans doute, de fâcheuses conséquences; mais, comme le fait justement observer M. Massé (562), le principe de ces mesures de retorsion se trouve dans l'article 14 lui-même, dont la Cour de Rouen s'est bornée à faire une juste application.

Il en serait autrement, si l'étranger possédait en France des biens d'une valeur suffisante pour assurer l'exécution de la sentence à intervenir. Le Français ne pourrait plus alors assigner de nouveau le défendeur devant les tribunaux français (563). Il a fait un choix libre et volontaire, et, de l'assignation originaire-

(560) Massé, t. I^{er}, n^o 694. — Bonfils, n^o 88. — Bordeaux, 2 juin 1874; S., 75, 2, 37. Cet arrêt décide, à raison, qu'on ne peut voir une renonciation au bénéfice de l'article 14, dans le fait du créancier d'avoir produit à la faillite étrangère pour sauvegarder ses intérêts, alors que son débiteur ne possédait aucun bien en France. — *Contrà*: Trib. com. Bordeaux, 22 fév. 1869, infirmé par l'arrêt précédent; S., *loc. cit.* — V. aussi, Rennes, 19 fév. 1879; Dal., 79, 2, 65.

(561) T. I^{er}, p. 374.

(562) T. I^{er}, n^o 694.

(563) Il en serait autrement, si, après la citation seulement, le Français avait découvert que son débiteur possédait un actif saisissable en France. Lyon, 1^{er} juin 1872; S., 72, 2, 174.

ment donnée par lui devant les tribunaux étrangers, on est fondé à conclure à sa renonciation au bénéfice de l'article 14 (564).

220.— De même encore, il faut décider que le défendeur étranger ne serait pas admis à opposer au Français la renonciation tacite qui résulterait de son action intentée d'abord à l'étranger, lorsque ce n'est que sur la prétention de son adversaire d'exiger de lui la caution *judicatum solvi*, que le Français a refusé d'acquiescer à cette prétention, et a porté sa demande devant la juridiction française, sans donner aucune suite au procès qu'il avait engagé devant les tribunaux étrangers (565). Si, en effet, le Français se rend non recevable à agir devant les tribunaux de France, après s'être adressé aux tribunaux étrangers, c'est seulement quand les deux parties ont accepté le débat au fond devant la juridiction étrangère; car elles se trouvent alors engagées par un consentement réciproque, qui doit avoir pour elles toute la force d'un contrat. Mais il en est autrement, lorsque l'étranger défendeur se borne à conclure à ce que le Français soit condamné à lui fournir caution, et oppose ainsi, par cette exception, un obstacle à l'exercice de l'action. C'est là, sans doute, une exigence légale, mais à laquelle le Français est libre de ne pas souscrire, et qui, par le fait même de l'étranger, rend conditionnelle la contestation sur le fond du procès. Jusqu'à l'accomplissement de cette condition, l'étranger refuse ainsi d'accepter le débat devant les tribunaux de son pays, et, par suite, la renonciation au bénéfice de l'article 14 qui pouvait en résulter de la part du Français. Il n'y a donc pas eu, pour donner suite au procès, ce concours de volontés qui seul pouvait former un lien de droit entre les parties, et le Français est resté maître de se désister de sa demande et de recourir à la juridiction française (566).

(564) Bonfils, *loc. cit.* — Massé, *loc. cit.* — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 bis, n. 27. — Demolombe, t. Ier, n° 251.

(565) Douai, 3 avril 1848; S., 48, 2, 625. — Req, rej., 23 mars 1859; S., 59, 1, 289.

(566) Massé, *loc. cit.* — V. aussi un arrêt de Paris, du 9 août 1881, infir-

221.— C'est donc à tort que l'on a voulu résoudre cette question en droit et d'une manière absolue (567). C'est aux tribunaux qu'il appartient de décider si tel ou tel fait doit être considéré comme emportant renonciation au bénéfice de l'article 14. Peu importe que les arrêts de la jurisprudence qualifient diversement le droit établi par cet article : que ce soit un privilège, une faculté, un droit d'option, un droit absolu ; peu importe, disons-nous, ces différentes qualifications, puisqu'il résulte de ces arrêts que le Français peut renoncer à ce droit, et que le fait d'avoir porté devant un tribunal étranger l'action qu'il pouvait intenter devant un tribunal français, est de nature à produire cette renonciation, sauf à examiner si les circonstances dans lesquelles la demande a été formée, ne laissent pas subsister le droit de saisir ultérieurement la juridiction française.

Ces idées se trouvent nettement exprimées dans un arrêt de la Chambre des requêtes, du 11 décembre 1860 (568), des considérants duquel nous extrayons le passage suivant : « Attendu que cette disposition (de l'art. 14)... ne cesse d'être applicable qu'autant que le Français y a renoncé expressément ou virtuellement, et que cette renonciation a été libre et volontaire ; qu'on ne saurait attribuer ce caractère à une citation donnée par un Français à un étranger devant un tribunal étranger, dans des cas extraordinaires et urgents qui altèrent la liberté de sa personne ou entravent et compromettent l'exécution de ses engagements, et

mant un jugement du tribunal civil de la Seine ; *Le Droit*, 28 août. Il s'agissait, sans doute, dans l'espèce, d'un procès entre deux Français ; mais la Cour examine la question de renonciation à l'article 14, comme si la contestation s'était élevée entre un Français et un étranger et elle décide, à raison, que le Français qui a porté sa demande devant les tribunaux étrangers, est encore recevable à saisir la juridiction française, lorsque le défendeur lui a opposé l'exception de la caution *judicatum solvi*, et ne s'est assisté de sa prétention que sur la nouvelle assignation donnée en France.

(567) Félix, t. I^{er}, n° 182.

(568) S., 61, 1, 336.

qu'il ne peut alors être considéré comme ayant renoncé à saisir les tribunaux de son pays aussitôt qu'il le pourra ; qu'il suit de là que le juge français a le droit et le devoir d'apprécier les circonstances qui ont déterminé l'action formée devant la justice étrangère... »

221 *bis*. — Les tribunaux n'auront pas seulement à rechercher si, expressément ou tacitement, le Français a renoncé au bénéfice de l'article 14 ; ils devront encore déterminer la véritable portée de cette renonciation. Nous avons déjà dit que la clause attributive de compétence à un tribunal étranger, insérée dans les statuts d'une société, devait, en principe, être restreinte aux contestations sociales. On pourrait également se demander si la renonciation dont il s'agit est opposable au Français, lorsqu'il appelle l'étranger en garantie devant le tribunal français, déjà saisi d'une contestation dans laquelle il est lui-même partie. C'est là encore une question de fait que le juge aura à examiner d'après les circonstances et les termes de la clause. Il pourra décider que le Français a entendu renoncer d'une manière absolue au droit de saisir la juridiction française, sous quelque forme que s'engage le débat, ou, au contraire, qu'il a voulu seulement faire disparaître le privilège exorbitant de l'article 14, tout en se réservant la faculté d'invoquer les règles de compétence du droit commun (art. 59, § 8, 181, C. pr.) (569).

222. — Tout ce qui précède ne s'applique d'ailleurs qu'aux actions véritablement litigieuses ; car le Français pourrait agir simultanément en France et à l'étranger, s'il n'était question que de mesures conservatoires ou de moyens d'exécution d'un titre certain (570).

223. — Nous avons toujours supposé également que le Français s'était porté demandeur à l'étranger ; car s'il jouait le rôle

(569) Civ. rej., 22 déc. 1869 ; S., 70, 1, 202. — Cpr. civ. rej., 21 nov. 1860 ; S., 61, 1, 331.

(570) Demolombe, t. 1^{er}, n° 250. — Bonfils, n° 91.

de défendeur, il conserverait toujours le droit de citer son adversaire en France pour les demandes qu'il aurait à diriger contre lui, à moins qu'il n'ait fait devant la juridiction étrangère des actes qui impliquent renonciation au privilège de l'article 14 (571).

224. — Lorsque, d'après les règles que nous venons d'établir, le Français doit être considéré comme ayant renoncé au bénéfice de l'article 14, l'étranger défendeur, assigné devant les tribunaux français, peut opposer à la demande une exception d'incompétence. Les tribunaux français ayant, d'après la loi, juridiction sur l'étranger actionné par un Français, à raison d'obligations contractées par le premier envers le second, la renonciation au bénéfice de cette juridiction par un Français pouvait seule faire obstacle à la compétence de ces tribunaux. L'incompétence du juge français résulte donc bien de la convention expresse ou tacite intervenue entre les parties, et il en résulte qu'il y a là une incompétence personnelle, qui ne touche pas à l'ordre public; car un principe de cette nature ne peut pas plus être établi par la volonté des particuliers, qu'elle ne peut y déroger une fois qu'il a été établi. Elle doit donc être proposée au début de l'instance et ne peut pas l'être pour la première fois en appel, lorsque par des défenses au fond devant les premiers juges, l'étranger a accepté la juridiction du tribunal français devant lequel la demande était portée (572).

Lorsqu'un tribunal est saisi d'une demande, malgré son incompétence *ratione personæ*, il n'est pas obligé sans doute de se dessaisir de l'affaire, comme dans l'hypothèse d'une incompétence *ratione materiæ*, mais il peut cependant le faire, en général, car aucun texte ne le lui défend, et il peut avoir de sérieux

(571) Massé, t. 1^{er}, n° 695. — Fœlix, t. 1^{er}, n° 183. — Cpr. Bonfils, n° 90.

(572) Lyon-Caen, *op. cit.*, n° 35, p. 62. — Paris, 8 nov. 1865; S., 66, 2, 147.

motifs dd ne pas conserver la connaissance d'un procès, qui, régulièrement, aurait dû être porté devant d'autres juges (572 *bis*). Dans la question qui nous occupe, il faudrait, croyons-nous, faire une exception à cette règle, et ne pas même accorder au tribunal la faculté de se déclarer incompétent. Ici, en effet, il ne s'agit plus de faire respecter une loi de compétence, établie par le législateur lui-même, et de renvoyer les parties devant leurs juges naturels. Tout au contraire, le tribunal français a reçu de la loi mission de statuer sur la demande formée par un Français contre son débiteur étranger, et ne se trouve incompétent qu'à raison d'une convention particulière des deux parties. Il semble donc qu'à défaut de déclinatoire proposé par le défendeur, le juge français ne puisse se dessaisir d'une affaire qui intéresse un Français dont il est le juge naturel (573).

SECTION VIII.

Traités qui dérogent à l'article 14.

225. — Jusqu'à présent, en étudiant les différentes règles relatives à l'application de l'article 14, nous avons toujours supposé que le Français demandeur se trouvait en présence d'un adversaire étranger, appartenant à une nation placée, vis-à-vis de la France, sous l'empire du droit commun. Mais il se peut que des traités diplomatiques soient venus poser des règles spéciales de compétence, et enlever au Français le droit de citer son débiteur étranger devant les tribunaux français. La loi internationale doit, en pareil cas, être substituée à la loi particulière de chacun des Etats contractants.

226. — Depuis longtemps il y a eu entre la France et la Suisse

(572 *bis*) V. toutefois l'art. 7, C. pr.

(573) Lyon-Caen, *op. cit.*, n° 36, p. 63.

des traités concernant les rapports de voisinage, de police et de justice, dans lesquels se trouvent certaines dispositions relatives à la compétence. L'article 3 du traité fait à Zurich, le 18 juillet 1828, et dont la publication a été prescrite par une ordonnance du 31 décembre de la même année, reproduit à peu près les règles déjà contenues dans l'article 10 du traité du 2 fructidor an XI (574), et dans l'article 13 du traité du 4 vendémiaire an XII (575). Il est ainsi conçu : « Dans les affaires litigieuses, personnelles ou de commerce, qui ne pourront se terminer à l'amiable ou sans la voie des tribunaux, le demandeur sera obligé de poursuivre son action devant les juges naturels du défendeur, à moins que les parties ne soient présentes dans le lieu même où le contrat a été stipulé, ou qu'elles ne fussent convenues des juges par-devant lesquels elles se seraient engagées à discuter leurs difficultés. — Dans les affaires litigieuses ayant pour objet des propriétés foncières, l'action sera suivie par-devant le tribunal ou magistrat du lieu où ladite propriété est située. — Les contestations qui pourraient s'élever entre les héritiers d'un Français mort en Suisse, à raison de sa succession, seront portées devant le juge du dernier domicile que le Français avait en France. — La réciprocité aura lieu à l'égard des contestations qui pourraient s'élever entre les héritiers d'un Suisse mort en France. — Le même principe sera suivi pour les contestations qui naîtraient au sujet des tutelles » (576).

Le traité du 18 juillet 1828, inséré au *Bulletin des lois*, le 31 décembre suivant, avait en effet force obligatoire (577), et il en avait été fait application, même dans l'hypothèse où le Suisse se trouvait obligé solidairement avec un Français (578).

(574) De Clercq, *Recueil des traités de la France*, t. I^{er}, p. 363.

(575) S., *Lois annot.*, 1789-1830, p. 651.

(576) S., *Lois annot.*, 1789-1830, p. 1196 et 1197.

(577) Nancy, 2 avril 1849; S., 49. 2, 330.

(578) Civ. cassat., 27 août 1835; S., 35, 1, 794.

227. — L'application de ce traité avait donné lieu à certaines difficultés (579). C'est ainsi que l'on se demandait ce qu'il fallait entendre par ces mots : à moins que les parties ne soient présentes dans le lieu même où le contrat a été stipulé. Suffit-il que le Suisse se soit trouvé en France au moment de la passation du contrat, pour le rendre justiciable des tribunaux français ? Ne faut-il pas, au contraire, la présence des parties au lieu du contrat, au moment où l'action est engagée ? Cette dernière interprétation nous paraît seule conforme au sens littéral des termes. En effet, de la seule lecture de ce texte, il résulte que le demandeur est obligé d'aller plaider devant le juge naturel du défendeur, à moins que les parties *ne soient* présentes, et non pas, à moins qu'elles *n'aient été* présentes au lieu du contrat. L'emploi du subjonctif présent indique nécessairement un mode actuel, surtout si on le rapproche de ces autres expressions : « où le contrat a été stipulé », qui indiquent un mode passé. Il est de toute évidence que ces deux verbes ne se rapportent pas au même instant dans l'ordre des temps.

C'est donc à tort que la Cour de Colmar (579 *bis*) déclare que l'exception contenue dans l'article 3 du traité de 1828, est conçue en termes ambigus. La phrase est, au contraire, très-claire, quand on la prend telle qu'elle est, dans son sens grammatical. Nous n'admettons pas non plus, comme le prétend la même Cour, que la présence de l'étranger au lieu et au moment du contrat, soit suffisante pour impliquer de sa part désignation du juge qui connaîtra des difficultés auxquelles pourra donner lieu l'exécution de ce même contrat. Une telle interprétation donnée au traité de 1828, nous paraît tout à fait contraire à son esprit et au but que se sont proposé les parties contractantes. On n'a pas voulu que le défendeur fût soustrait à ses juges naturels, et pour que

(579) V. notamment, une *consultation* de M. Labbé ; *Rev. pratique*, t. XXX, p. 83.

(579 *bis*) 20 févr. 1849 ; S., 52, 2, 349.— 7 avril 1857 ; S., 57, 2, 638.

cette prohibition fût efficace, il fallait qu'il ne pût être traduit devant une juridiction étrangère, alors même qu'il serait de passage sur un point quelconque du territoire français. Mais, lorsque le Français trouve son débiteur suisse dans le lieu même où le contrat a été passé, on comprend que les auteurs du traité aient attribué compétence aux tribunaux français, et n'aient pas mis les deux parties dans la nécessité de quitter la France pour aller plaider devant une juridiction étrangère (580). C'est du reste en ce sens que ces expressions ont été interprétées par le traité du 15 juin 1869, comme nous le verrons un peu plus loin.

Quant au mot : présence, il ne faudrait pas l'entendre dans un sens trop restreint. C'est ainsi que le Suisse qui a fondé en France un établissement de commerce, devrait être réputé, au point de vue de la compétence exceptionnelle établie par le traité de 1828, présent au siège de cet établissement, pour toutes les opérations qui se rattachent d'une manière intime à son exploitation (581).

228. — Bien que le traité dont il est question, attribue compétence aux tribunaux suisses pour connaître des contestations qui peuvent s'élever entre les héritiers, à raison de la succession d'un Suisse mort en France, les tribunaux français seraient cependant compétents pour statuer sur la demande formée par un héritier français contre ses cohéritiers, afin d'opérer le prélèvement autorisé par l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819. C'est là une disposition édictée au profit des nationaux, que le juge français est appelé à appliquer et à laquelle n'a pas dérogé le traité de 1828, qui se borne à déterminer la compétence des tribunaux français ou étrangers, sans rien préjuger sur le fond du droit (582).

(580) Bonfils, n° 51. — Nancy, 2 avril 1849 ; S., 49, 2, 330. — *Contrà* : Colmar, 20 fév. 1849 ; S., 52, 2, 349. — 7 avril 1857 ; S., 57, 2, 638. — Cpr. civ. cassat., 27 août 1835 ; S., 35, 1, 794. — Colmar, 12 août 1850 ; Dal., 52, 2, 143. — Civ. rej., 4 mai 1868 ; S., 68, 1, 333.

(581) Lyon, 18 mars 1868 ; S., 68, 2, 250. — Cpr., sur le sens de cette expression, civ. rej., 4 mai 1868, cité à la note précédente.

(582) Req. rej., 18 juil. 1859 ; S., 59, 1, 822.

229. — Les auteurs de ce traité n'avaient pas été sans prévoir le cas où des difficultés viendraient à naître pour en déterminer le sens ou la portée; aussi, l'article 9 décidait-il que les parties contractantes se concerteraient pour donner les éclaircissements que réclamerait l'interprétation de quelques-uns des articles.

230. — Ce sont ces difficultés qui ont fait comprendre la nécessité de soumettre le traité de 1828 à une révision qui a été opérée par la convention faite à Paris, le 15 juin 1869, et promulguée en France par un décret du 19 octobre de la même année (583). Cette convention, qui a non-seulement révisé, mais aussi complété le traité de 1828, est suivie d'un protocole contenant des explications sur plusieurs dispositions importantes.

L'article 1^{er} est ainsi conçu : « Dans les contestations en matière mobilière et personnelle, civile ou de commerce, qui s'élèveront, soit entre Français et Suisses, soit entre Suisses et Français, le demandeur sera tenu de poursuivre son action devant les juges naturels du défendeur. — Il en sera de même pour les actions en garantie, quel que soit le tribunal où la demande originaire sera pendante. — Si le Français ou le Suisse défendeur n'a point de domicile ou de résidence connue en France ou en Suisse, il pourra être cité devant le tribunal du domicile du demandeur. — Si néanmoins l'action a pour objet l'exécution d'un contrat consenti par le défendeur dans un lieu situé, soit en France, soit en Suisse, hors du ressort desdits juges naturels, elle pourra être portée devant le juge du lieu où le contrat a été passé, si les parties y résident au moment où le procès sera engagé. »

231. — Un Français qui se ferait naturaliser Suisse, ne pourrait décliner la compétence des tribunaux français, et invoquer contre le demandeur le bénéfice de l'article 1^{er} du traité de 1869, s'il résultait des circonstances de la cause que le défendeur n'avait

demandé et obtenu cette naturalisation que dans le but de se soustraire frauduleusement à la juridiction de nos juges, et de priver son adversaire des facilités et des garanties qu'elle pouvait lui offrir (584).

232. — L'action intentée par un Suisse contre un Français ne cesserait pas d'être de la compétence des tribunaux français, par suite de l'intervention d'un autre Suisse qui revendiquerait des droits sur l'objet du litige. Il appartiendrait seulement au tribunal d'examiner si, à raison de la connexité plus ou moins intime qui existe entre les deux instances, il doit retenir la connaissance de l'une et de l'autre, ou si cette connexité ne doit pas plutôt donner lieu à un simple sursis, en ce qui concerne l'action intentée par le Suisse contre le Français, jusqu'à ce que l'autre différend ait été tranché par les tribunaux suisses (585).

233. — On a prétendu que l'article 1^{er} de ce traité ne s'appliquait qu'aux actions pouvant aboutir directement ou indirectement à une condamnation pécuniaire, et que, spécialement, il ne fallait pas y comprendre la demande en séparation de corps, ni les actions relatives à l'état des personnes. Nous nous réservons d'examiner cette controverse, en étudiant les règles de compétence établies pour les procès entre deux Suisses ou deux Français par l'article 2 de ce traité, à propos duquel on a soulevé la même question (585 *bis*).

234. — La règle posée par l'article 1^{er} de la convention de 1869, et qui oblige le demandeur à porter son action devant le tribunal du défendeur, a d'ailleurs une portée plus grande que dans notre droit actuel. Elle ne s'applique pas seulement, en

(584) Toulouse, 27 juil. 1874; S., 76, 2, 149; confirmé par civ. rej., 19 juil. 1875; S., 76, 1, 289.

(585) Paris, 30 juil. 1872; confirmé par req. rej., 1^{er} avril 1873; Dal., 73, 1, 101. — V. aussi les *conclusions* présentées par M. l'avocat général Reverchon.

(585 *bis*) V. n° 274 *ter*.

effet, aux demandes principales, mais empêche également de soustraire à son juge naturel le défendeur à l'action en garantie, quel que soit le tribunal devant lequel la demande originaire se trouve pendante (585 *ter*).

235.— Il ne faut pas toutefois donner à cette convention une portée qui ne serait plus en harmonie avec l'esprit dans lequel elle paraît avoir été rédigée. Les parties contractantes ont voulu effacer la disposition exorbitante de l'article 14, et faire revivre la règle de compétence du droit commun, en assimilant le Français et le Suisse, au point de vue qui nous occupe. Mais il ne faut pas en conclure, à l'inverse, qu'elles ont entendu créer aux sujets suisses une situation plus favorable que celle des Français, et les soustraire aux règles de compétence auxquelles les nationaux sont eux-mêmes soumis. Faisant application de ce principe, nous déciderons, par exemple, que le Suisse qui a formé une société en France avec des Français, pourra être cité devant le tribunal français du siège de la société. Il est vrai d'ailleurs de dire avec la Cour suprême, que le traité de 1869, en exigeant que le défendeur soit assigné devant son juge naturel, loin de déroger à la règle particulière de compétence en fait de société, l'a au contraire embrassée virtuellement dans les termes généraux de sa formule, et en a de nouveau consacré l'application. C'est ce qu'avait déjà décidé la Chambre civile, sous l'empire du traité de 1828 (586), et cette solution a été également consacrée, le 25 février 1879, par la Chambre des requêtes qui a confirmé un arrêt de la Cour de Paris, du 9 avril 1878 (587).

236. — Les tribunaux français pourront cependant, dans certains cas, être valablement saisis de la demande dirigée par un Français contre un Suisse. On ne pouvait, en effet, contraindre

(585 *ter*) Chambéry, 10 avril 1880; *Le Droit*, 11 et 12 oct. 1880.

(586) 4 mai 1868; S., 68, 1, 933.

(587) Dal., 1880, I, 20. — V. également, trib. com. Seine, 24 juin 1878; *J. trib. com.*, 1878, t. XXVII, p. 287, n° 9278.

le Français à aller plaider en Suisse, alors qu'aucun tribunal ne se trouvait spécialement désigné comme devant connaître de la demande, soit par l'établissement principal du défendeur dans son pays, soit tout au moins par une résidence plus ou moins prolongée. Dans de telles circonstances, il devenait tout à la fois nécessaire et équitable de reconnaître la compétence des tribunaux français. A défaut de domicile ou de résidence connue, l'action pourra donc être portée par le demandeur devant le tribunal de son propre domicile. C'est à ce même tribunal que nous avons également attribué compétence, lorsqu'en vertu de l'article 14 le Français poursuit un étranger qui n'a en France ni domicile ni résidence connus (V. n° 199) (588).

237. — Nous trouvons enfin une règle spéciale dans l'article 1^{er} du traité de 1869, en ce qui concerne les actions ayant pour objet l'exécution d'un contrat, consenti par le défendeur dans un lieu situé, soit en France, soit en Suisse, en dehors du ressort de ses juges naturels. L'action peut alors être portée devant le juge du lieu où le contrat a été passé, si les parties y résident au moment où le procès est engagé. L'article 3 du traité de 1828 avait donné lieu à certaines difficultés que nous avons signalées, et avait été interprété en sens divers par la jurisprudence française. Le Gouvernement suisse avait toujours soutenu que les juges naturels du défendeur ne cessaient d'être compétents, qu'autant que les parties étaient présentes dans le lieu du contrat au moment même où le procès était engagé, et c'est aussi cette interprétation qui a triomphé, comme cela résulte de la substitution à l'ancien texte de ces mots : si les parties y résident au moment où le procès sera engagé.

Remarquons toutefois que le seul fait de la présence du défendeur dans le lieu du contrat ne suffirait pas pour rendre compétent le tribunal de ce lieu. Un protocole explicatif a, en effet, été annexé à la convention du 15 juin 1869, dans le but de détermi-

(588) Trib. civ. Rennes, 21 août 1871, sur cassat., S., 75, 1, 245.

ner le sens de quelques stipulations, sur l'interprétation desquelles il aurait pu s'élever des doutes. Il résulte des observations présentées sur l'article 1^{er}, qu'il ne suffit pas que le défendeur se trouve momentanément dans le pays où le contrat a été stipulé, par exemple, pour assister à une fête, pour un voyage d'affaires, c'est-à-dire pour une opération isolée, ou par suite de circonstances passagères. Il faut qu'il ait dans ce lieu une résidence équivalente à domicile, ou, au moins, une résidence temporaire, pourvu que la cause n'en soit pas déterminée par des faits purement accidentels (589).

238. — Plusieurs fois la jurisprudence, soit en France, soit en Suisse, a eu l'occasion de faire application de cette disposition spéciale du traité de 1869 (590). L'application en a été faite, notamment, par un jugement du tribunal de commerce de Genève, confirmé par un arrêt de la Cour de la même ville, du 27 avril 1874 (591), et par un arrêté du Conseil fédéral, du 9 décembre 1874 (592).

Ces dernières décisions ne nous semblent pas toutefois à l'abri de toute critique. Il s'agissait d'un contrat passé à Genève entre un Français résidant dans cette ville, défendeur, et un Suisse domicilié à Paris, demandeur. Dans ces conditions, les tribunaux suisses ont pensé qu'il y avait lieu d'appliquer l'article 1^{er}, § 2, du traité, et de reconnaître la compétence de la juridiction genevoise. Sans doute, le défendeur n'était pas seulement de passage

(589) S., 69, 3, 430.

(590) Civ. cassat., 3 juin 1874, et, sur renvoi, Angers, 4 fév. 1875; S., 75, 1, 245, et la *note*. — Lyon, 26 avril 1879; *J. dr. int.*, 1880, p. 107. — Trib. fédéral, 11 sept. 1875; *op. cit.*, 1875, p. 460.

(591) S., 75, 2, 121.

(592) *J. dr. int.*, 1875, p. 75. — D'après la Constitution fédérale de 1848, c'était le Conseil fédéral (Pouvoir exécutif) qui était compétent pour casser les jugements rendus en matière d'interprétation de traités, sauf recours devant les Chambres fédérales. Ce pouvoir a été attribué au tribunal fédéral par la nouvelle Constitution de 1874; *op. cit.*, 1874, p. 52, *note*.

à Genève, il y avait une résidence qui n'était pas déterminée par un fait purement accidentel, tant au moment de la passation du contrat qu'au moment où le procès fut engagé ; mais le demandeur, au contraire, avait son domicile effectif à Paris, et la simple élection de domicile faite par lui dans l'exploit introductif d'instance, pour se conformer à la loi de procédure de Genève, ne pouvait être considérée comme équivalant à la résidence dont parle l'article 1^{er} du traité de 1869. Or, bien que le protocole explicatif ne parle que de la résidence du défendeur, qui était seul exposé à être attiré devant un juge incompétent, il doit également s'appliquer au demandeur, car l'article 1^{er} exige formellement la résidence des deux parties, c'est-à-dire du demandeur et du défendeur. C'est là une exception au premier alinéa du même article, qui ne saurait être étendue au-delà de ses termes, et, dès lors, il manquait dans l'espèce une condition essentielle pour que l'affaire pût être soumise au juge du lieu du contrat (593).

239. — Il résulte de l'article 1^{er} du traité de 1869, qu'en dehors des hypothèses spéciales qu'il prévoit, un Français ne devrait jamais pouvoir poursuivre son adversaire suisse en exécution de ses engagements, devant d'autres juges que ses juges naturels. Il peut cependant se faire que le défendeur soit, dans certains cas, et malgré cette règle générale, soumis à la juridiction d'un juge étranger. C'est ce qui pourrait arriver, notamment, au cas de demande reconventionnelle. Ce sera, avant tout, une question de fait. Il y aura lieu d'examiner si la demande est intimement unie à la demande principale, de telle sorte que les deux affaires n'en forment, en réalité, qu'une seule à double face. Le tribunal saisi de la première demande, serait alors compétent pour statuer sur les deux causes ; autrement il serait ridicule, dans de telles circonstances, de contraindre le défendeur à l'action principale à exécuter son obligation dans son pays, et à poursuivre ensuite

(593) V. dans ce sens, les *observations* de M. de Seigneux, avocat à Genève ; *J. dr. int.*, 1875, p. 79.

son adversaire devant son juge naturel pour l'accomplissement de ses engagements (594).

Pour des raisons analogues, nous croyons que le principe général posé par l'article 1^{er} du traité de 1869, ne devrait pas recevoir son application, lorsque l'action civile intentée par un Français contre un Suisse, n'est que le corollaire d'un procès criminel dont le tribunal du lieu a été valablement saisi. Nous estimons qu'en pareil cas, le tribunal compétent pour statuer au pénal, et pour disposer de la liberté et peut-être même de la vie d'un coupable, doit l'être également pour statuer sur la question subsidiaire des dommages-intérêts, et pour allouer une indemnité à la victime (595).

240. — Nous ne nous occuperons pas, en ce moment, de l'article 2 du traité, relatif aux contestations qui peuvent s'élever en France entre deux Suisses, ou entre un Suisse et un étranger, et en Suisse entre deux Français, ou entre un Français et un étranger. Nous aurons l'occasion d'en parler bientôt, lorsque nous traiterons la question de la compétence dans les procès entre étrangers (n° 274 *ter*).

241. — L'article 3 est ainsi conçu : « En cas d'élection de domicile dans un lieu autre que celui du domicile du défendeur, les juges du domicile élu seront seuls compétents pour connaître des difficultés auxquelles l'exécution du contrat pourra donner lieu. »

Les parties sont alors réputées avoir voulu soumettre au tribunal de ce lieu toutes les contestations relatives à l'exécution de leurs engagements. Il appartient d'ailleurs aux juges d'examiner si cette élection résulte, d'une manière certaine, de la convention ou de l'acte que l'on invoque (596). Cette interpréta-

(594) *J. dr. int.*, 1879, p. 57. — V. *suprà*, n° 108.

(595) *Op. cit.*, 1878, p. 597. Nous avons déjà eu l'occasion de développer les motifs qui nous font admettre cette solution, en examinant l'hypothèse d'une action intentée par un Suisse contre un Français. V. *suprà*, n° 109.

(596) Chambéry, 25 janv. 1878; *op. cit.*, 1878, p. 373.

tion n'a pas été sans causer certaines difficultés, et le tribunal fédéral, par un arrêt du 10 décembre 1875, a même refusé de laisser procéder à l'exécution d'un jugement français, en se prononçant dans le sens de l'incompétence de la juridiction qui l'avait rendu (597).

242. — L'article 5 porte : « Toute action relative à la liquidation et au partage d'une succession testamentaire ou *ab intestat*, et aux comptes à faire entre les héritiers ou légataires, sera portée devant le tribunal de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire, s'il s'agit d'un Français mort en Suisse, devant le tribunal de son dernier domicile en France, et s'il s'agit d'un Suisse décédé en France, devant le tribunal de son lieu d'origine en Suisse. — Toutefois, on devra, pour le partage, la licitation ou la vente des immeubles, se conformer, aux lois du pays de leur situation. »

Cette disposition, comme toutes celles qui contiennent une dérogation aux règles générales de la législation française, en matière de juridiction, doit être rigoureusement renfermée dans ses termes, quant aux objets auxquels elle s'applique, c'est-à-dire quant à la licitation et au partage d'une succession. Aussi, faut-il admettre qu'elle ne saurait trouver son application, alors qu'il ne s'agit que de la demande en partage de la communauté d'un époux suisse décédé en France. C'est en ce sens que s'est prononcée la Chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt du 3 juin 1874, cassant un arrêt de la Cour de Rennes, du 30 avril 1872, qui avait lui-même réformé un jugement du tribunal civil de la même ville, du 21 août 1871 (598). La même solution a été adoptée par un arrêt de la Cour d'Angers, devant laquelle l'affaire avait été renvoyée (599). Il ne s'agit pas, en

(597) *Op. cit.*, 1876, p. 508. — Pour la décision française, V. l'arrêt de rejet, du 5 janvier 1875; *Dal.*, 75, 1, 468.

(598) *S.*, 75, 1, 245.

(599) 4 fév. 1875; *S.*, *loc. cit.* — V. dans le même sens, trib. civ. Seine, 1^{er} août 1875; *J. dr. int.*, 1876, p. 187.

effet, de partager la succession elle-même, ou d'établir des comptes entre les héritiers ou légataires; il s'agit de partager les biens composant la communauté par égales portions entre l'époux survivant et la succession de l'époux prédécédé, qui sera ensuite partagée entre les différents ayants droit. C'est là, nous le répétons, la solution qui nous paraît commandée par l'interprétation rigoureuse du texte même du traité; mais ce n'est pas à dire que nous l'approuvions, car nous pensons, au contraire, qu'il y aurait lieu d'apporter sur ce point une modification à la convention de 1869. Il faudrait indiquer nettement dans l'article 5, que le règlement de la communauté est compris dans cette disposition, quand il influe sur le règlement d'une succession dont il n'est qu'une opération préliminaire, et que la moitié de cette communauté est ainsi réclamée par un héritier, qui ne puise son droit que dans cette seule qualité.

A plus forte raison déciderons-nous, toujours en nous attachant à la lettre du traité, que l'article 5 ne saurait trouver son application, lorsqu'une contestation sur la propriété d'un objet déterminé s'élève entre un héritier et une personne étrangère à la succession (600); ou bien encore, quand il s'agit du règlement d'une séparation de biens entre époux (601).

243. — La rédaction de l'article 5 ne permet pas non plus de soumettre à cette règle les actions intentées par les créanciers, ayant pour objet l'exécution des obligations contractées envers eux par le défunt, indépendamment de tout litige entre héritiers ou légataires au sujet de l'attribution de la succession, et des comptes à faire entre eux, quant à leurs droits héréditaires (602).

(600) Req. rej., 1^{er} avril 1873; Dal., 73, 1, 101.

(601) Trib. fédéral, 16 déc. 1875; *J. dr. int.*, 1876, p. 509.

(602) Lyon, 26 avril 1879; *op. cit.*, 1880, p. 107. — Trib. fédéral, 1^{er} juin 1877; *eod. op.*, 1878, p. 71. — V. aussi trib. fédéral, 19 avril 1877; *eod. op.*, 1878, p. 74.

Ici encore, il y aurait, à notre avis, une réforme à apporter au traité, en proclamant le principe que la succession forme une seule masse, un tout, et en décidant qu'un seul tribunal doit être compétent pour statuer sur les réclamations des créanciers, aussi bien que sur l'action en partage.

244. — Par un arrêt du 20 novembre 1875 (603), le tribunal fédéral a également décidé que les règles ordinaires de la compétence restaient en vigueur, et que le traité n'était pas applicable, quand il s'agit de la succession d'un Français mort en France. On pourrait croire cependant que, si le tribunal français ou suisse est compétent, lorsque le Français ou le Suisse est décédé dans l'autre pays, à plus forte raison doit-il en être de même, dans l'hypothèse où il vient à mourir en France ou en Suisse. Cette solution peut toutefois se justifier par cette considération que le traité établit des règles qui doivent être interprétées strictement, et qui ne sauraient lier les parties contractantes en dehors des termes mêmes dans lesquels il a été rédigé (604).

Si la succession du Français décédé en Suisse, ou du Suisse mort en France, comprend des biens situés dans l'un et l'autre pays, le tribunal compétent devra d'ailleurs, pour le partage, la licitation ou la vente des immeubles, se conformer aux lois du pays de leur situation (art. 5).

245. — Remarquons, en terminant, la différence de rédaction des traités de 1828 et de 1869. Lorsqu'il s'agit d'un Français mort en Suisse, l'article 5 du traité de 1869 donne compétence au tribunal du dernier domicile en France, et lorsqu'il s'agit d'un Suisse mort en France, au tribunal de son lieu d'origine. Le traité de 1828 s'exprimait autrement et attribuait compétence, dans les deux cas, au tribunal du dernier domicile. Souvent, il est vrai, le lieu d'origine se confondra avec le dernier

(603) *Eod. op.*, 1876, p. 509.

(604) V. cependant, trib. civ. Seine, 9 déc. 1880; *Le Droit*, 2, 3 et 4 janv. 1881.

domicile; mais le Suisse peut aussi avoir quitté son lieu d'origine, et avoir acquis un autre domicile avant de venir s'établir en France. En employant ces expressions, les parties contractantes se sont sans doute placées dans l'hypothèse la plus fréquente, et peut-être ont-elles voulu désigner par là, comme le fait remarquer la Cour de Rennes (605), la commune dans laquelle le citoyen suisse est apte à exercer ses droits de bourgeoisie, lieu indépendant de celui où il est né, et de la résidence qu'il peut avoir dans tout autre endroit.

246. — Nous n'avons pas à nous occuper ici des règles contenues dans les autres paragraphes de l'article 5 du traité de 1869.

Nous laissons également de côté les dispositions des articles 6 et suivants, relatifs à la faillite et à la tutelle. Nous aurons l'occasion d'en parler, lorsque nous nous occuperons de la compétence dans les procès entre étrangers.

247. — Les tribunaux français, et en cela ils avaient parfaitement raison, ne considéraient pas les règles établies par le traité de 1828, comme concernant la compétence *ratione materie*. Il en résultait que, toutes les fois qu'un Suisse cité devant un tribunal français ne comparaisait pas, et que la compétence du juge n'était pas déclinée, le tribunal ne se déclarait pas d'office incompetent, mais jugeait la cause par défaut. Dans les explications qui ont précédé la convention de 1869, les délégués suisses insistèrent vivement sur la nécessité de remédier à cet inconvénient, et obtinrent l'insertion de l'article 11. D'après cet article, le tribunal français ou suisse devant lequel est portée une demande, qui, d'après les règles précédentes, ne serait pas de sa compétence, doit d'office et même en l'absence du défendeur, renvoyer les parties devant les juges qui sont appelés à connaître du procès.

Il résulte également du protocole explicatif que, par cette dis-

(605) 30 avril 1872 ; sur cassat., S., 75, 1, 246.

position, on a voulu permettre au défendeur d'adresser au tribunal des notes, de nature à l'éclairer sur l'application à sa cause des stipulations du traité, sans être obligé de se présenter pour soulever l'exception d'incompétence. Remarquons d'ailleurs que cette faculté pour le défendeur n'est qu'un moyen d'assurer l'exécution de l'article 11 du traité, mais qu'elle n'a pas d'autre portée et ne saurait, notamment, entraîner aucune dérogation aux règles du droit commun sur les jugements par défaut. Cette formalité ne peut donc être assimilée à la comparution de la partie défenderesse et faire considérer comme contradictoire le jugement rendu en son absence, alors même qu'elle aurait fait parvenir au tribunal les notes et observations dont il s'agit (606).

248. — D'après l'article 20 du traité de 1869, les exploits, citations, notifications, sommations et autres actes de procédure, dressés dans l'un des deux pays et destinés à des personnes domiciliées ou résidant dans l'autre, sont adressés directement par le Gouvernement du pays où ils ont été dressés, aux agents diplomatiques ou consulaires qui sont placés le plus près de l'autorité chargée de les remettre au destinataire. Ces agents les font parvenir au magistrat compétent, qui renvoie les récépissés délivrés par les personnes auxquelles les actes ont été notifiés.

249. — La convention de 1869 n'a été conclue que pour dix ans à partir du jour de l'échange des ratifications. Le renouvellement tacite est toutefois censé s'opérer d'année en année, jusqu'à l'expiration d'un an à compter du jour où l'une des parties contractantes l'aura dénoncée (art. 22). Aussi, les jurisconsultes se sont-ils occupés de la convention nouvelle qui devra remplacer l'ancien traité. Le Congrès suisse des juristes assemblés à Genève, dans sa réunion du mois d'août 1878, a mis le traité franco-suisse à son ordre du jour, et un rapport sur ce sujet a été présenté par M. Alexandre Martin, professeur à l'Université

(606) Paris, 30 juil. 1878, confirmé par req. rej., 11 juin 1879; S., 80, 1, 33.

de Genève (607). M. Martin propose l'institution d'un tribunal arbitral pour régler les conflits de compétence (608). C'est là, sans doute, une idée excellente et séduisante en elle-même. Nous désirons aussi cette institution; mais nous n'osons pas espérer la voir se réaliser bientôt; car, ainsi que le fait justement observer M. Lehr (609), quand on cherche à traduire cette idée en fait, à arriver à l'organisation du tribunal et à assurer une sanction à ses décisions, on se heurte à des obstacles tels qu'il est difficile de trouver le moyen d'en triompher.

250. — MM. Aubry et Rau signalent encore, comme dérogeant à l'article 14, le traité du 11 janvier 1787 (art. 7 et 16) conclu avec la Russie (610), et le traité passé avec la république de l'Equateur, le 6 juin 1843, publié par ordonnance du 28 mars 1845 (611).

D'autres traités ont établi des règles spéciales pour terminer les procès qui peuvent naître entre un Français et les sujets d'un Etat étranger. D'après l'article 6 du traité d'amitié et de commerce, conclu le 17 novembre 1844 entre la France et les Etats de Mascate, publié par ordonnance du 2 juillet 1846 (612), si une plainte est portée par un sujet de Son Altesse contre un Français, la connaissance de l'affaire appartient au consul français; mais, si la plainte est portée par un Français contre un sujet de ces Etats, la cause doit être jugée par Son Altesse le

(607) Cette question a fait également l'objet d'un travail de M. Lehr, professeur à l'Académie de Lausanne. — V. également les *observations* de MM. Martin et Lehr, sur les lacunes à combler dans le traité et les règles anciennes à modifier; *J. dr. int.*, 1879, p. 117 et suiv., p. 533 et suiv.

(608) *Op. cit.*, 1879, p. 133.

(609) *Op. cit.*, 1879, p. 534.

(610) *Rec. des anc. lois franç.*, t. XXVIII, p. 290. — Ce traité est-il encore en vigueur? Voyez les *observations* que nous présentons sur ce point, en parlant des traités qui attribuent compétence aux tribunaux français dans les procès entre étrangers (n° 279).

(611) S., *Lois annot.*, 1845, p. 12.

(612) S., *Lois annot.*, 1846, p. 76.

Sultan de Mascate, ou par une personne qu'il désigne. Il doit alors être procédé au jugement en présence du consul de France, ou d'une personne désignée par lui pour assister à la procédure.

Nous trouvons également une disposition qui mérite d'être rapportée, dans le traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu avec la Chine, le 27 juin 1858, publié par un décret du 12 janvier 1861 (613). Il résulte de l'article 35 de cette convention que, si un Français a quelque réclamation à former contre un Chinois, il doit d'abord s'adresser au consul qui examine l'affaire et s'efforce de l'arranger à l'amiable. Si ses efforts restent sans résultat, il requiert alors l'assistance du fonctionnaire chinois compétent, et tous deux statuent conjointement suivant l'équité.

Une disposition à peu près semblable se trouve dans l'article 8, § 1^{er}, d'un traité du même genre, conclu avec le royaume de Siam, le 15 août 1856, promulgué par décret du 28 décembre 1857 (614), et dans l'article 7 du traité de paix, d'amitié et de commerce, passé avec le Japon, le 9 octobre 1858, promulgué par décret du 21 mars 1860 (615). Cette règle a été également consacrée par l'article 2 de la loi du 26 mars 1862, sur la juridiction des consuls de France au Japon (616).

251. — Il ne faudrait pas voir, au contraire, une dérogation à la règle de compétence établie par l'article 14, dans la convention conclue le 16 avril 1846 entre la France et le grand-duché de Bade, publiée par une ordonnance du 3 juin de la même année (617), et dont l'application a été étendue provisoirement à

(613) S., *Lois annot.*, 1860, p. 7.

(614) S., *Lois annot.*, 1857, p. 165.

(615) S., *Lois annot.*, 1860, p. 18.

(616) Dal., 1862, 4, 31. — V. également le traité conclu avec la Perse, le 12 juillet 1855 (art. 5, § 2 et 4), promulgué par décret du 14 février 1857; S., *Lois annot.*, 1857, p. 7.

(617) S., *Lois annot.*, 1846, p. 41.

l'Alsace-Lorraine, par l'article 18 de la convention additionnelle au traité de Francfort, du 11 décembre 1871 (618). Une grande différence existe, en effet, sur ce point, entre les traités conclus avec la Suisse et celui de 1846. Cette dernière convention n'a pour objet que d'assurer en France et dans le grand-duché de Bade l'exécution des jugements rendus par les tribunaux des deux pays. Elle ne se préoccupe que des jugements déjà obtenus, et déclare qu'ils recevront la force exécutoire des tribunaux de l'autre Etat, toutes les fois qu'ils auront été rendus par certains tribunaux qu'elle désigne comme étant les juges compétents (art. 2). Mais elle ne contient aucune disposition relative à l'introduction de l'instance, et n'a pas reproduit l'article 3 du traité de 1828 et l'article 1^{er} du traité de 1869 avec la Suisse, qui apportent une dérogation formelle à l'article 14 du Code civil. La convention de 1846 n'a donc pas modifié les règles générales de la compétence, et, quand un jugement a été rendu par un juge incompétent, aux termes de l'article 2 de ce traité, il ne s'ensuit pas que ce soit un titre sans force et sans valeur; il en résulte seulement qu'il ne pourra être mis à exécution sur le territoire de l'autre Etat, qu'après avoir été révisé par la juridiction de ce pays (619).

Il n'y a non plus aucune dérogation aux règles générales de compétence, dans le traité du 30 avril 1862 conclu avec l'Angleterre (620), qui se borne à reconnaître aux sociétés constituées et autorisées suivant les lois particulières à l'un des deux pays, la faculté d'ester en justice devant les tribunaux de l'autre Etat, soit en demandant, soit en défendant (621).

Enfin, nous en dirons autant de la disposition d'un traité qui, en

(618) Dal., 72, 4, 9.

(619) Colmar, 11 déc. 1861; S., 62, 2, 205. — Paris, 20 mars 1879; Dal., 80, 2, 193.

(620) Dal., 62, 4, 41.

(621) Paris, 19 mars 1875, confirmé par civ. rej., 17 juil. 1877; S., 77, 1, 449.

se plaçant seulement au point de vue du commerce et de la navigation, stipule que les parties contractantes jouiront des faveurs particulières accordées à une autre nation. Une pareille convention ne saurait conférer aux sujets de l'Etat étranger le droit de réclamer le bénéfice du traité de 1869 avec la Suisse, au point de vue de la compétence (622).

Il est à désirer que l'application de l'article 14 soit écartée par les traités que la France peut conclure avec les nations étrangères, en attendant qu'une disposition législative vienne, comme en Belgique, faire disparaître de nos Codes cette règle exorbitante, à peu près universellement réprouvée.

252. — Il ne nous reste plus qu'une question à examiner, en ce qui concerne les traités qui dérogent à la disposition de l'article 14. L'exception d'incompétence qu'un étranger peut soulever devant les tribunaux français, en se fondant sur un traité intervenu entre la France et l'Etat auquel il appartient, est-elle d'ordre public ? Est-il permis à l'étranger d'y renoncer et doit-il l'opposer *in limine litis* ? ou bien, au contraire, peut-il s'en prévaloir en tout état de cause, même en appel pour la première fois, et le juge doit-il se déclarer d'office incompétent ?

De tels traités lient sans doute le juge, en ce sens qu'il ne peut se dispenser d'en assurer l'exécution, quand elle est réclamée par la partie défenderesse ; mais l'incompétence qui en résulte, reste toujours une incompétence *ratione personæ*, à laquelle les justiciables, dans l'intérêt desquels elle a été introduite, ont la faculté de renoncer. Il ne s'agit pas, en effet, de porter atteinte à la dignité ou à l'indépendance de l'Etat étranger, mais seulement de permettre à un citoyen de cet Etat de ne pas se prévaloir d'un droit établi en sa faveur par un traité diplomatique, et d'accepter la juridiction d'un tribunal dans lequel il a confiance. Le but d'une telle convention, c'est de remplacer la loi spéciale qui règle la compétence *ratione personæ*, par une loi plus géné-

(622) Trib. com. du Havre, 6 mars 1878 ; *J. dr. int.*, 1878, p. 382.

rale dont le domaine s'étende aux sujets d'un autre Etat. Or, le caractère de cette loi nouvelle reste le même que celui de la loi spéciale en vigueur, et, par suite, les raisons qui font admettre que le juge n'est pas tenu de se déclarer d'office incompetent, restent les mêmes en ce qui concerne l'application de la loi internationale.

Admettre une autre solution, ce serait établir une véritable inégalité et créer au profit de l'étranger une situation plus favorable que celle du régnicole, en obligeant le juge à se déclarer d'office incompetent, et en dispensant ainsi le défendeur de recourir à la voie de l'opposition pour obtenir la rétractation du jugement qui l'aura condamné par défaut. Cependant, un tel jugement présenterait moins d'inconvénients pour l'étranger que pour le régnicole, car, dans la plupart des cas, il sera plus facile d'exécuter dans le pays même le jugement rendu contre un régnicole, que celui qui porterait condamnation contre un étranger. Quant à l'exécution sur le territoire étranger, elle sera subordonnée à certaines conditions que nous n'avons pas à examiner ici.

A ces considérations d'ordre divers, on peut encore ajouter les difficultés que le juge aurait à se rendre compte des faits et circonstances qui peuvent déterminer la compétence, s'il ne trouvait pas les éléments de sa décision dans le débat contradictoire entre les parties. Aussi, avons-nous vu que les rédacteurs du traité de 1869 avec la Suisse, qui ordonne au juge de se déclarer d'office incompetent en l'absence du défendeur, ont compris la nécessité de permettre à ce dernier d'envoyer des notes au tribunal, afin de l'éclairer sur la question à résoudre.

Concluons donc que l'incompétence qui résulte d'un traité, est une incompétence *ratione personæ*, que le juge n'est pas tenu de prononcer d'office, à laquelle le défendeur peut renoncer, et à laquelle il est réputé avoir renoncé, lorsqu'il a accepté le débat au fond, sans avoir opposé l'exception *in limine litis* (623).

(623) Demangeat, sur Fœlix, t. 1^{er}, n^o 180, p. 366, n. a. — Bonfils,

253. — La solution que nous venons de donner sur la nature de l'incompétence qui résulte des traités, en général, doit-elle être maintenue en ce qui concerne le traité du 15 juin 1869 avec la Suisse ? Nous ne parlons ici que des procès entre Suisses et Français, car nous aurons à nous demander, en parlant des procès entre étrangers, si l'article 11, qui oblige le juge à se déclarer d'office incompétent, est applicable aux contestations soulevées entre deux Suisses en France, ou si, au contraire, cette question n'a pas été, sauf les hypothèses expressément prévues, laissée en dehors du traité, et abandonnée à l'application du droit commun de chaque Etat sur la compétence dans les contestations entre étrangers. La difficulté serait la même pour ces sortes de procès, si l'on admettait, contrairement à notre opinion, que l'article 2 du traité, en attribuant compétence aux tribunaux français dans certains cas, leur a par là même enlevé le droit de juger dans toute autre circonstance (V. n° 275).

Il semble que l'on doive décider, d'après l'article 11, qu'il y a là une incompétence à laquelle le défendeur ne peut renoncer. C'est, en effet, la solution qui a été consacrée par la Cour de Paris, dans un arrêt du 8 juillet 1870, qui se borne d'ailleurs à constater que l'incompétence résultant du traité est d'ordre public (624). Nous devons dire toutefois que cette solution nous inspire des doutes sérieux. Nous avons vu que, sous l'empire du traité de 1828, toutes les fois que l'exception d'incompétence n'était pas proposée, par suite de l'absence du défendeur, le tribunal ne se déclarait pas d'office incompétent, mais jugeait la cause par défaut. Nous avons dit également que, lors des négociations qui ont précédé la convention de 1869, les délégués suisses avaient insisté vivement sur la nécessité de remédier à

n° 55. — Req. rej., 11 nov. 1874; *J. dr. int.*, 1875, p. 431. — Paris, 10 mars 1875; *op. cit.*, 1874, p. 432, n° 6. — *Contrà*: Colmar, 11 déc., 1861; S., 62, 2, 205. — V. aussi, Nancy, 2 avril 1849; S., 49, 2, 330.

(624) S., 71, 2, 177. — Dans le même sens: trib. civ. Seine, 12 août 1881; *Le Droit*, 26 août.

un tel inconvénient, et avaient obtenu l'insertion de l'article 11 dans le traité. Voilà donc bien le véritable motif pour lequel cet article a été adopté, c'est afin d'empêcher que le défendeur qui ne comparaît pas, ne soit jugé par défaut par le tribunal étranger. Le motif de cette disposition doit aussi en déterminer la portée. On a voulu que, sans être tenu de se présenter pour soulever l'exception d'incompétence, le défendeur puisse faire parvenir des notes au tribunal, pour lui permettre de se dessaisir d'office de l'affaire portée devant lui. Mais de ce que le tribunal doit prononcer l'incompétence qui résulte du traité, lorsque le défendeur ne se présente pas pour la faire valoir lui-même, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il soit interdit à la partie de comparaître devant le juge étranger pour accepter sa juridiction. Les parties sont, en effet, meilleurs juges de leurs intérêts que le législateur, et il n'y a rien de contraire à l'indépendance des Etats dans l'acceptation conventionnelle d'une juridiction étrangère, dans le refus de se prévaloir d'une incompétence qui n'a été établie, en définitive, que pour empêcher le défendeur d'être soustrait à ses juges naturels, et qui ne touche qu'à des intérêts d'ordre privé.

L'article 3 autorise d'ailleurs formellement une élection de domicile entraînant attribution exclusive de compétence, en vertu du contrat, au juge du domicile élu. Aussi, nous paraît-il bien difficile d'interdire au défendeur de se soumettre à une juridiction étrangère, alors que cette soumission peut résulter, aux termes mêmes du traité, d'une renonciation anticipée faite par une élection de domicile.

C'est en ce sens que la question a été résolue par le tribunal de commerce de Genève, le 5 juin 1879 (625), et par le tribunal fédéral, dans un arrêt du 2 juillet 1875 (626).

(625) *J. dr. int.*, 1880, p. 401.

(626) *Op. cit.*, 1874, p. 226.—V. aussi, Rouen, 12 mai 1875; S., 77, 2, 105.
— Cpr. Nancy, 19 mars 1881; *Le Droit*, 30 sept. Cet arrêt, sans résoudre expressément la question, admet l'exception d'incompétence proposée pour

Législations étrangères.

254. — La disposition de l'article 14 se retrouve avec plus ou moins de modifications dans quelques législations étrangères ; mais on peut dire, d'une manière générale, que cette règle exorbitante a été repoussée par les autres nations, alors du moins que le contrat n'a pas été passé dans le pays, et que le défendeur a son domicile et sa résidence en pays étranger.

255. — Le législateur des Pays-Bas a maintenu ce privilège spécial au profit des nationaux, tout en l'inscrivant dans le Code de procédure civile. L'article 127 de ce Code porte « qu'un étranger, même non résidant dans les Pays-Bas, peut être cité devant le juge néerlandais pour l'exécution des obligations par lui contractées envers un Néerlandais, soit dans les Pays-Bas, soit en pays étranger » (627).

Les Etats-Généraux ont autrefois décidé, par un édit du 7 septembre 1679, « que les personnes, domestiques et biens des ambassadeurs et ministres étrangers qui arrivent, résident ou passent dans ce pays et y contractent des dettes, ne pourraient, ni à leur arrivée, ni pendant leur séjour, ni au moment de leur départ, être arrêtés, détenus et saisis, par suite des dettes contractées dans le pays » (628).

En ce qui concerne les assignations adressées à des personnes qui ont leur domicile à l'étranger, plusieurs législations n'ont pas donné au juge le rôle actif qui lui a été attribué dans d'autres Etats, et ont adopté le système de la remise des exploits au

la première fois en appel, par la raison qu'elle était soulevée par une société intervenant devant la Cour et n'ayant pas été représentée en première instance.

(627) Fœlix, t. Ier, n° 187, p. 380. — Bonfils, n° 103, p. 96. — *Rev. dr. int.*, 1875, t. VII, p. 412.

(628) Fœlix, t. Ier, p. 428. — Bonfils, p. 378.

ministère public qui se charge de les expédier par l'intermédiaire de la diplomatie. Nous avons déjà eu l'occasion de parler des dispositions de l'article 69, n^{os} 8 et 9, du Code de procédure civile français. Les mêmes règles se trouvent reproduites dans le Code de procédure civile des Pays-Bas (art. 4), qui ajoute toutefois au n^o 8 de l'article 69 la prescription de publier l'exploit dans un des journaux du lieu où siège le tribunal, ou, s'il n'y en a pas, d'un lieu voisin (629).

256. — Le Code civil de Pologne contient également une disposition ainsi conçue : « L'étranger, même non résidant en Pologne, pourra être cité devant les tribunaux polonais pour l'exécution des obligations par lui contractées dans ce royaume. L'étranger ne pourra être traduit devant les tribunaux polonais pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Polonais, qu'autant qu'il sera présent dans le royaume ou que sa fortune s'y trouvera » (art. 13) (630).

257. — Nous n'avons pas à parler ici spécialement de la législation belge, antérieure à 1876, sur la compétence des tribunaux dans les procès entre un Belge demandeur et un étranger défendeur, car l'article 14 était en vigueur en Belgique, comme en France, et ce que nous avons dit sur la compétence de nos tribunaux, peut également s'appliquer aux juridictions belges.

En 1869, M. Laurent disait : « Ces craintes ne témoignent pas pour notre état social ; espérons qu'un jour ce privilège paraîtra odieux, puisqu'il n'aura plus de raison d'être » (631). La loi belge du 25 mars 1876 est venue réaliser ces espérances et abroger l'article 14, en tant qu'il permettait au Belge de traduire l'étranger devant les tribunaux de Belgique, alors même qu'il

(629) Fœlix, t. I^{er}, n^o 197, p. 401. — Cet auteur indique également les délais de comparution, fixés par le même Code, à l'égard des personnes qui ne demeurent pas dans le royaume ; mais ils ont été modifiés par une loi postérieure, du 7 avril 1869 ; *Rev. dr. int.*, 1870, t. II, p. 137.

(630) Fœlix, t. I^{er}, n^o 187, p. 379. — Bonfils, *loc. cit.*

(631) *J. dr. int.*, 1877, p. 505.

n'avait dans ce pays ni domicile ni résidence, et que l'obligation avait été contractée en pays étranger. L'article 52 de cette loi énumère les cas dans lesquels un étranger peut être assigné devant les tribunaux de Belgique, sans distinguer si le demandeur est Belge ou étranger. Nous renvoyons donc l'examen de cette disposition législative au moment où nous traiterons de la compétence des tribunaux belges dans les contestations entre étrangers, ce qui nous permettra de faire un rapprochement intéressant entre les règles édictées par cette loi et les solutions que nous aurons admises dans notre législation (V. n° 435).

L'innovation dont nous venons de parler était assez importante pour que le législateur belge s'en expliquât d'une manière expresse; cependant, cette abrogation n'est que tacite et résulte des dispositions de l'article 52 de la loi de 1876. M. Dupont, le rapporteur de la Chambre des Représentants, déclara que l'article 14 était abrogé tacitement, sans dire pourquoi l'on n'avait pas procédé par une autre voie.

A l'examen des articles 52 et 53 nous rattacherons également celui de l'article 54, et nous verrons que l'étranger cité en Belgique par un Belge, en dehors des cas prévus par l'article 52, ne peut décliner la juridiction des tribunaux de ce pays que si le Belge lui-même est admis à décliner la juridiction étrangère.

On trouve des règles spéciales, relatives à la signification des assignations destinées aux étrangers, dans une ordonnance du 1^{er} avril 1814 qui renferme les dispositions suivantes :

Art. 1^{er}. « Les exploits à faire à des personnes non domiciliées dans la Belgique, se feront par édit et missive de la manière suivante: l'huissier affichera ces exploits à la porte de la Cour supérieure de justice, ou du tribunal qui devra respectivement en connaître, et il en adressera le double, sous enveloppe, par la poste ordinaire qu'il en chargera, à la résidence de celui que l'exploit concerne. »

Art. 2. « Si la résidence n'est pas connue, les exploits seront

insérés par extraits dans un des journaux imprimés dans le lieu où siège ladite Cour ou ledit tribunal, et, s'il n'y a pas de journal, les exploits seront insérés par extraits dans un de ceux imprimés dans le département. »

Art. 3. « Néanmoins, tous ces exploits pourront être faits à la personne, si elle se trouve dans la Belgique » (632).

258. — Les articles 105 à 107 du Code de procédure italien ont pour but de déterminer dans quels cas un étranger peut être cité devant les tribunaux italiens, et leurs dispositions se rapportent aussi bien au cas où l'étranger est actionné par un national, qu'à celui où il l'est par un autre étranger. Nous aurons l'occasion d'en parler à propos des contestations entre étrangers, et nous verrons, notamment, que l'étranger, même domicilié hors de l'Italie, peut être cité devant les tribunaux italiens, toutes les fois que le contrat a été fait en Italie. Mais le principe de l'article 14 a été rejeté comme contraire au droit des gens, lorsque l'acte a été fait et doit être exécuté hors de l'Italie, et que le défendeur ne se trouve pas dans ce pays (V. n° 436).

On a cependant agité en Italie la question de savoir si la compétence des tribunaux italiens devait être déterminée d'après ces dispositions législatives, à l'égard des Français, comme à l'égard de tous autres étrangers, ou si, au contraire, le créancier italien ne devait pas être admis à citer son débiteur français en Italie, pour des obligations contractées en France, alors même que le débiteur n'aurait en Italie ni domicile ni résidence.

La difficulté provient de l'article 14 du Code civil français, qui autorise le créancier à traduire son débiteur italien devant les tribunaux français dans des conditions analogues. Or, d'après l'article 105, § 3, du Code de procédure italien, l'étranger, même non résidant en Italie, peut être assigné devant les autorités judiciaires de ce pays, dans tous les cas où cela peut se faire *par réciprocité*. On s'est donc demandé si la jurisprudence française

(632) Fœlix, t. I^{er}, n° 194, p. 399.— *Rev. dr. int.*, 1875, t. VII, p. 413.

faisait de l'article 14 une application assez constante pour justifier la compétence exceptionnelle des tribunaux italiens à titre de réciprocité. Une solution affirmative fut admise par la Cour de Florence (633). Au contraire, la Cour de Turin, par un arrêt du 31 mars 1871, décida que les conditions de réciprocité ne se trouvaient pas suffisamment établies, et que, si l'on permettait à un Italien de traduire un Français devant les tribunaux d'Italie, on paraîtrait bien plutôt pratiquer des représailles que faire usage d'un droit de réciprocité (634). Toutefois, l'arrêt de Turin du 31 mars 1871 fut cassé par un arrêt de la Cour de cassation de la même ville, du 22 août 1873. La Cour constate que, selon les règles ordinaires de la compétence, c'est en France que le demandeur aurait dû porter son action, car le contrat avait été passé en France; c'est en France qu'il avait été fait livraison de la marchandise, et c'était également en France que le paiement devait être fait. Mais elle ajoute que les règles ordinaires doivent fléchir en présence d'une disposition aussi exorbitante que celle de l'article 14, et que, sinon *jure reciprocitatis*, du moins *jure retorsionis*, le citoyen italien est fondé à réclamer contre le Français l'application des dispositions qui lui sont applicables à lui-même en France (635).

D'après M. Norsa, qui rapporte la controverse soulevée par cette question en Italie, la jurisprudence admet comme règle que l'Italien est autorisé à assigner le Français devant les tribunaux italiens, même pour des obligations par lui contractées en France, et bien que le défendeur ne se trouve pas dans le royaume (636).

(633) 18 mars 1868 et 7 avril 1869. — V. également, Turin, 19 janv. 1869; *J. dr. int.*, 1874, p. 176.

(634) V. également, Turin, 6 mai 1871; *op. cit.*, 1874, p. 177.

(635) Les motifs de cet arrêt sont rapportés par M. Dubois, *op. cit.*, 1879, p. 72.

(636) *Op. cit.*, 1874, p. 174. — La Cour de Paris, par un arrêt du 1^{er} décembre 1879 (S., 81, 2, 145), a reconnu elle-même la compétence des tribu-

Voilà à quelles conséquences conduit la disposition exceptionnelle de l'article 14 : elle choque les principes de la justice universelle ; elle est de nature à produire des conflits avec les autorités judiciaires des autres pays, et elle expose les jugements français à rester lettre morte et à être privés de toute exécution dans les autres Etats, comme ayant été rendus par des juges incompétents (637).

259. — A l'origine, d'après le droit commun, toute cause devait être jugée, en Angleterre, dans le comté où s'étaient produits les faits qui avaient donné naissance au litige. Les jurés étaient choisis parmi les habitants de la localité ; on voulait qu'ils fussent à même de juger d'après leur connaissance personnelle, des parties et des choses. Plus tard, on reconnut qu'il était impossible de se conformer à cette règle dans toutes les affaires, et notamment lorsque l'action était née d'un contrat. De là, la distinction entre les actions *transitoires*, et les actions *locales* qui devaient être formées dans le comté d'origine, et comprenaient la plupart des actions ayant rapport à la propriété ou aux droits réels sur les immeubles.

On peut poser en règle que la jurisprudence anglaise ne se

naux italiens par mesure de réciprocité. En conséquence, elle a ordonné l'exécution en France d'un jugement rendu par le tribunal de commerce de Gênes, au profit d'une société italienne contre une société ayant son siège en France, à l'occasion d'un contrat fait à Paris. — Nous ne saurions, pour notre part, approuver cette solution, car, de ce que l'article 14 permet au Français de soustraire l'étranger à la juridiction de ses juges naturels, il n'en résulte pas que l'étranger jouisse du même privilège à l'encontre du Français. Le jugement dont il s'agit ne saurait, dès lors, être considéré comme ayant été rendu par un tribunal compétent, au point de vue de la loi française, alors du moins que le Français n'a pas expressément ou tacitement renoncé au bénéfice de l'article 14. V. n° 103 *bis* et les arrêts cités à la note 286.

(637) V. notamment, un arrêt de la Cour de Brescia, du 14 septembre 1875 ; *op. cit.*, 1879, p. 211 et 306. — V. aussi, *Rev. dr. int.*, 1876, t. VIII, p. 661, et les arrêts cités.

considère pas comme ayant qualité pour connaître des actions *in rem* tendant à déclarer ou à attribuer la propriété ou la possession de biens meubles ou immeubles, quand ces biens ne se trouvent pas dans le ressort de la juridiction territoriale anglaise. En ce qui concerne les actions personnelles, l'étranger peut être traduit devant les tribunaux anglais, toutes les fois qu'il se trouve en Angleterre, ou que le contrat a été passé dans ce pays. La jurisprudence refuse toutefois de connaître des demandes fondées sur un contrat passé à l'étranger, et portant sur des biens situés également hors de la juridiction territoriale (638).

On peut dire, en résumé, que la Cour de Chancellerie n'admet jamais la compétence, lorsqu'on ne rencontre pas l'une ou l'autre de ces trois circonstances : 1° que l'objet du litige se trouve en Angleterre ; 2° que le défendeur y réside ; 3° que les faits qui donnent lieu au litige, se soient passés en Angleterre (639).

La jurisprudence anglaise a décidé, comme la jurisprudence italienne, que l'on ne doit reconnaître aucun effet à un jugement rendu en France, en vertu de l'article 14 du Code civil, à raison d'un contrat non conclu en France, contre un défendeur étranger non domicilié en France, qui n'était pas dans ce pays à l'époque de l'action, alors du moins qu'il ne s'est pas présenté pour défendre au procès, et ne peut être considéré comme ayant accepté la juridiction française (640).

Les tribunaux anglais se déclarent incompetents pour statuer sur les litiges qui intéressent un Gouvernement étranger. C'est

(638) V. un arrêt de la Cour de Chancellerie, du 27 avril 1874 ; *J. dr. int.*, 1875, p. 23.

(639) V. un article publié par M. Joseph Alexander, sur l'exécution des jugements étrangers en Angleterre. *Op. cit.*, 1878, p. 30 et suiv., où se trouvent rapportées plusieurs espèces jugées par les tribunaux anglais. — D'après M. Bonfils (p. 98), le droit pour l'étranger d'ester en justice n'appartient qu'à l'étranger ami ; s'il est étranger ennemi, il ne peut intenter ni soutenir aucun procès. — V. aussi, Laurent, *Dr. civ. int.*, t. IV, n° 67.

(640) *Rev. dr. int.*, 1874, t. VI, p. 612.

ce qui a été décidé par la Cour de Chancellerie, le 27 mai 1869 (641), et par la Cour d'appel, le 18 avril 1877 (642). Il s'agissait, dans cette dernière espèce, d'un emprunt fait, en 1870, par le Gouvernement du Pérou, par l'intermédiaire de MM. Dreyfus et Schröder et C^{ie}, et dont le paiement en capital et intérêts était garanti, notamment, par le produit de la vente du guano à importer dans le Royaume-Uni et ses colonies. Les demandeurs réclamaient devant les tribunaux la reconnaissance de leurs droits sur le produit de cette vente. Le juge de première instance se déclara incompetent, et sa décision fut confirmée sur l'appel, par la raison que les défendeurs n'étaient que les agents du Gouvernement péruvien, et n'avaient pas d'autre qualité dans l'instance. « Ce serait, disait le juge James, une monstrueuse usurpation de juridiction, de la part des tribunaux anglais, que de permettre à une partie de poursuivre indirectement un Gouvernement étranger, en s'adressant à ses agents anglais et en leur disant : Vous avez reçu de l'argent pour le compte du Gouvernement, et vous devez lui donner telle destination. »

Déjà, le 6 novembre 1874, la Cour de Chancellerie avait reconnu qu'un Gouvernement étranger ne pouvait être poursuivi devant les tribunaux anglais, s'il ne consentait pas à se soumettre à leur juridiction. Mais la Cour décida que ce principe n'empêchait pas qu'un agent de ce Gouvernement ne pût se voir interdire par la justice anglaise, le déplacement des fonds ou des objets déposés en Angleterre à titre de garantie des engagements pris par le Gouvernement étranger (643).

Les tribunaux anglais se sont également interdit de prononcer une condamnation contre le chef d'un Gouvernement étranger, à raison d'actes intéressant l'Etat étranger (644).

(641) *J. dr. int.*, 1876, p. 125.

(642) *Op. cit.*, 1878, p. 46.

(643) *Eod. op.*, 1875, p. 25.

(644) *V. Eod. op.*, 1878, p. 36.

La Haute-Cour d'Amirauté (645), comme la jurisprudence française, s'est, au contraire, déclarée compétente pour connaître de la demande formée contre un souverain étranger qui avait agi en sa qualité de personne privée. « Je ne connais, disait le juge, aucun principe de droit international, aucune décision judiciaire, aucune parole de jurisconsulte, qui autorise un souverain à prendre le caractère de commerçant quand il y trouve profit, et à s'en dépouiller quand il a encouru une responsabilité vis-à-vis d'un particulier » (646).

En Angleterre, une loi spéciale fut édictée, en 1709, en ce qui concerne les ministres publics, à l'occasion d'une contrainte par corps exercée contre la personne de l'ambassadeur de Russie. Ce statut déclare nuls et entièrement invalides les procès ou les ordres qui auraient pour résultat de faire arrêter les ambassadeurs étrangers ou leurs serviteurs, ou de faire saisir leurs biens meubles et immeubles (647). Il résulte toutefois d'une déclaration faite par le maître des rôles, dans une affaire entre le duc de Brunswick et le roi de Hanovre, que le ministre public étranger est justiciable des tribunaux anglais, comme un simple particulier, pour les actes de commerce et autres qui ne se rattachent pas à l'exercice de la puissance publique (648).

D'après M. Fœlix, le droit anglais n'offre aucun moyen pour assigner devant les Cours ou tribunaux de la Grande-Bretagne, un étranger qui ne se trouve pas sur le territoire (649). L'assignation doit être signifiée au défendeur en personne, et le juge ne peut, en général, connaître de l'affaire qu'autant que le défendeur se présente également en personne. Aux termes des

(645) 7 mai 1873 ; *op. cit.*, 1874, p. 36.

(646) V. aussi, *op. cit.*, 1878, p. 36.

(647) Fœlix, t. I^{er}, p. 428. — Bonfils, p. 379. — Dal., *Répert.*, V^o *Agent diplomatique*, n^o 106. — V. aussi, *J. dr. int.*, 1878, p. 36.

(648) *Op. cit.*, 1878, p. 36.

(649) T. I^{er}, n^o 207, p. 412.

anciennes lois, le demandeur ne pouvait suivre son action qu'après que le défendeur avait comparu une première fois devant le juge pour répondre à la demande. S'il négligeait ou refusait de se présenter, le demandeur pouvait, soit réclamer de la Cour un mandement adressé au shérif pour lui enjoindre de saisir une partie des biens du défendeur, afin de le forcer à comparaître, soit requérir sa mise hors la loi, mesure qui avait notamment pour effet d'entraîner la confiscation de la fortune immobilière et mobilière du défendeur au profit du roi. Par exception, des lois plus récentes ont autorisé les juges à porter la cause au rôle, comme si le défendeur avait comparu, bien qu'en réalité il ne se soit pas présenté.

259 bis.—En Ecosse, on reconnaît quatre catégories de juridictions civiles : 1° *Ratione domicilii*. Toute personne qui a résidé en Ecosse pendant les quarante derniers jours, est considérée comme domiciliée dans ce pays, et peut y être assignée devant les tribunaux.— 2° *Ratione rei sitæ*. Une personne qui possède des immeubles en Ecosse, est soumise à la juridiction des tribunaux de ce pays, même pour les actions personnelles ; mais, si elle a son domicile à l'étranger, elle ne peut être assignée en Ecosse que devant le *Court of Session* qui est le *forum commune*. A l'égard d'un étranger qui ne possède pas d'immeubles en Ecosse, les tribunaux écossais ne sont compétents que quand les biens de cet étranger ont été saisis en Ecosse, la saisie-arrêt déterminant la compétence, excepté dans la question d'état.— 3° *Ratione contractus*. Les tribunaux écossais sont compétents, quand il s'agit de contrats conclus par des étrangers en Ecosse, ou qui doivent recevoir leur exécution dans ce pays, pourvu que l'assignation soit faite à personne pendant le séjour de cet étranger en Ecosse.— 4° *Reconventionne*. Pour déterminer la compétence à l'égard d'un étranger, il faut que l'action reconventionnelle se rapporte à la même matière que l'action conventionnelle, ou, du moins, il faut que l'action reconventionnelle soit nécessaire pour protéger le défendeur régnicole (demandeur recon-

ventionnel) contre les inconvénients auxquels il serait exposé, à raison de la nationalité étrangère du demandeur (défendeur reconventionnel), s'il voulait obtenir le règlement simultané des obligations mutuelles, sans recourir à une action reconventionnelle (649 *bis*).

260. — On ne trouve rien de semblable à l'article 14 dans les lois de l'Espagne et du Portugal (650).

D'après MM. Fœlix et Demangeat (651), il existe une ordonnance du 15 juin 1737, aux termes de laquelle les ambassadeurs peuvent être poursuivis devant les tribunaux espagnols, à raison d'engagements contractés pendant l'exercice de leur mission, mais non pas à raison des engagements antérieurs. Au contraire, en Portugal, une loi qui date du milieu du XVII^e siècle, ne permet de poursuivre le ministre étranger devant les tribunaux du royaume, qu'autant que son engagement remonte à une époque antérieure à la mission diplomatique. Hors ce cas, aucune reconvention ne peut également être reçue contre le ministre étranger (652).

261. — En principe, les étrangers ne peuvent être cités devant les tribunaux danois à la requête d'un sujet du pays, et le législateur n'a édicté aucune disposition analogue à celle de

(649 *bis*) *Rev. dr. int.*, 1875, t. VII, p. 410.

(650) Fœlix, t. I^{er}, n^o 188, p. 383. — Bonfils, n^o 103, p. 96. — V. toutefois ce que dit M. Fœlix, pour les actions *ex lege diffamari* et *ex lege si contendant*; n^o 189, p. 391.

(651) T. I^{er}, n^o 218, p. 429 et n. *a.* — V. aussi Bonfils, p. 379.

(652) Fœlix, t. I^{er}, p. 430. — Bonfils, *loc. cit.* — Le Code de procédure civile d'Espagne a été promulgué en 1855, et des réformes ont été faites dans plusieurs matières par des lois plus récentes. V. un article de M. Francisco Silvela, avocat et député à Madrid, sur l'exécution des jugements étrangers en Espagne; *J. dr. int.*, 1881, n^o I-II, p. 20. — Il y a aussi, pour le Portugal, un nouveau Code de procédure qui a été mis en vigueur à partir du 1^{er} mai 1877. *Bulletin de la Société de législat. comp.*, 1880, t. IX, p. 183. — Nous n'avons pas ces différentes lois à notre disposition, et nous ne connaissons pas les règles qu'elles peuvent contenir sur la compétence à l'égard des étrangers.

l'article 14 (653). D'après M. Fœlix (654), cette règle souffre cependant exceptions : 1° lorsque l'étranger s'est obligé à faire juger la contestation par les tribunaux danois ; 2° lorsque l'étranger a promis l'exécution du contrat dans un lieu faisant partie du territoire danois, et qu'il s'y trouve en personne ; 3° l'étranger possesseur de biens-fonds, situés dans le royaume, est justiciable des tribunaux danois pour tout ce qui est relatif à ces biens ; 4° l'étranger, demandeur devant un tribunal danois, est obligé de répondre devant le même tribunal à la reconvention formée contre lui ; 5° les tribunaux danois sont encore compétents en matière de saisie-arrêt (*forum arresti*).

En ce qui concerne les ministres publics étrangers, il existe en Danemark une loi analogue à celle dont nous avons parlé, en nous occupant de la législation des Pays-Bas (655).

261 *bis*.— En Suède, c'est le domicile du défendeur qui établit la compétence du juge. Cependant, les étrangers peuvent être actionnés partout où ils se trouvent dans le royaume (656). La jurisprudence des tribunaux suédois a d'ailleurs conservé scrupuleusement, dans les affaires des régnicoles avec les sujets d'autres Etats, le principe de la réciprocité qui prévalait déjà d'après les coutumes les plus anciennes de ce pays (657).

En ce qui concerne les personnes domiciliées à l'étranger, c'est le tribunal qui se charge d'expédier la citation, à la requête du demandeur (658). Le délai de comparution est de six mois, à compter du jour où le défendeur a reçu l'exploit (659).

(653) V. une dissertation de M. Goos sur l'exécution des jugements étrangers en Danemark ; *J. dr. int.*, 1880, p. 368 et suiv.

(654) T. 1^{er}, p. 387. — Bonfils, p. 98.

(655) Fœlix, t. 1^{er}, p. 429. — Bonfils, p. 378. — V. n° 255.

(656) *Rev. dr. int.*, 1875, t. VII, p. 412.

(657) V. un article de M. K. d'Olivecrona sur l'exécution des jugements étrangers en Suède ; *J. dr. int.*, 1880, p. 83 et suiv.

(658) *Rev. dr. int.*, 1875, t. VII, p. 413.

(659) *Eod. op.*, p. 414.

262. — D'après l'article 46 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 29 mai 1874, « les personnes établies en Suisse sont soumises, dans la règle, à la juridiction et à la législation du lieu de leur domicile, en ce qui concerne les rapports de droit civil » (660). Aux termes de l'article 59 de la même Constitution, « pour les réclamations personnelles, le débiteur solvable ayant domicile en Suisse, doit être recherché devant le juge de son domicile » (661).

Par un arrêt du 6 juillet 1878, le tribunal fédéral a décidé que ce dernier article ne saurait être invoqué par le débiteur domicilié à l'étranger, et que, spécialement, un Allemand domicilié dans son pays, pouvait, en l'absence de toute convention sur la compétence, être actionné en Suisse, si la législation du canton le permet (662). Cette disposition profite sans doute à l'étranger (663), mais exige le domicile en Suisse, tandis que l'ancienne Constitution de 1848 ne pouvait être invoquée que par le confédéré, tout en ne semblant pas restreindre cette faculté à celui qui était établi dans son pays (664).

Il résulte de cet arrêt que c'est à la législation des différents cantons qu'il faut recourir pour savoir si un étranger, domicilié dans son pays, peut être cité devant un tribunal suisse. Dans le canton de Zug, par exemple, la compétence appartient au tribunal du domicile du défendeur, même quand il est domicilié dans un pays étranger (665).

(660) *Annuaire de légis. étrang.*, 1875, t. IV, p. 462.

(661) *Op. cit.*, p. 465.

(662) *J. dr. int.*, 1880, p. 398. — C'est à raison que cet arrêt décide qu'un traité d'établissement, tel que celui qui a été conclu entre la Suisse et l'Allemagne, le 27 avril 1876, ne saurait avoir aucune influence sur la solution des questions de compétence judiciaire. Le tribunal a rendu, le 2 novembre 1878, un arrêt posant le même principe au regard d'un Italien. V. la note, *op. et loc. cit.*

(663) Trib. fédéral, 4 mars 1875; *op. cit.*, 1875, p. 459.

(664) V. la note, *op. et loc. cit.*

(665) Un magistrat de ce canton a bien voulu nous assurer que telle est la règle admise, en principe, dans les autres cantons.

Le Code du canton de Vaud porte (art. 8): « L'étranger au canton, lors même qu'il n'y réside pas, pourra être cité devant les tribunaux du canton: 1° pour les actions civiles résultant d'une faute ou d'un délit commis dans le canton; 2° pour les actions réelles concernant des biens situés dans le canton; 3° pour l'exécution d'une convention écrite, même en pays étranger, dans laquelle il aura stipulé que les différends auxquels elle pourra donner lieu, seront jugés par les tribunaux du canton de Vaud; 4° lorsque l'étranger qui aura été domicilié dans le canton, n'aura pas de domicile fixe et connu, pourvu que l'action soit intentée dans les trois mois qui suivront son départ du canton » (666).

Aux termes de l'article 60 de la loi sur l'organisation judiciaire du canton de Genève, sont justiciables des tribunaux du canton: « 2° les individus qui auront leur domicile ou leur résidence dans le canton, ou qui y auront élu domicile; 3° les étrangers, même non résidant dans le canton, à raison des obligations qu'ils y auraient contractées envers des individus domiciliés dans le canton. — Ne sera considéré comme domicilié dans le canton, que celui qui aura demandé et obtenu la permission d'y fixer son domicile; 4° les propriétaires ou usufruitiers d'immeubles situés dans le canton, et les créanciers hypothécaires sur lesdits immeubles, mais seulement à raison des actions relatives à ces immeubles. Dans tous les autres cas, on suivra, quant aux Suisses d'autres cantons et aux étrangers non domiciliés ou non résidant dans le canton, les mêmes règles de compétence qui seront observées dans leurs pays respectifs à l'égard des Genevois. »

D'après le Code de procédure du même canton, lorsque la partie sommée ou citée n'a ni domicile ni résidence dans le canton, la copie doit être remise pour elle au procureur général qui visera l'original, à moins que, par les traités passés avec l'Etat auquel appartient l'individu sommé ou cité, il n'ait été convenu

d'un autre mode (art. 38). Si la partie n'a pas de domicile ou de résidence connue, un extrait de l'exploit doit être en outre inséré dans la feuille d'avis (art. 39). Le procureur général doit transmettre sans retard les copies par lui reçues pour les parties, quand il connaît leur domicile ou leur résidence (art. 42). Le délai de comparution, pour l'individu qui n'a pas de domicile ou de résidence dans le canton, est fixé par le président du tribunal, sur l'original de l'exploit, eu égard à la distance du domicile et autres circonstances (art. 55).

En ce qui concerne spécialement les actions intentées par un Suisse contre un Français, la convention du 15 juin 1869, révisant et complétant le traité de 1828, est venue établir les règles à suivre pour déterminer le juge compétent. Nous n'avons pas à exposer ici ces différentes règles, car nous avons eu déjà l'occasion de les examiner rapidement, en parlant de quelques traités qui ont apporté une dérogation à la disposition exceptionnelle de l'article 14 (V. n° 230 et suiv.).

263. — En Allemagne, la maxime : *Actor sequitur forum rei* forme la règle générale en matière personnelle, tout en admettant des exceptions motivées sur des circonstances spéciales (667).

(667) Sur ces exceptions et les règles de compétence admises dans les différents Etats de l'Allemagne, V. Foelix, t. I^{er}, n° 188 et suiv. — *Rev. dr. int.*, 1875, t. VII, p. 412. — Trib. sup. de com. de l'empire, 28 fév, 1871. — 19 déc. 1871. — 17 sept. 1873; *J. dr. int.*; 1874, p. 193, 195, 196. — Un Code de procédure civile, pour tout l'empire d'Allemagne, a été voté, le 30 janvier 1877, et les règles de compétence qu'il établit, nous semblent applicables à toute personne résidant sur le territoire de l'empire, quelle que soit sa nationalité. — Aux termes du § 12, « le tribunal à la compétence duquel une personne est soumise en vertu de son statut de juridiction général, est compétent pour toutes les demandes qui seraient introduites contre elle, à moins qu'une juridiction exclusive ne soit établie pour certaines demandes. » D'après le § 13, le statut de juridiction général est déterminé par le domicile. V. sur les différentes règles de compétence, le titre deuxième du livre I^{er}, intitulé : *Du statut de juridiction*. Pour la procédure et la compétence dans les affaires matrimoniales, V. § 568 et suiv.

La loi sur l'organisation judiciaire, du 27 janvier 1877, porte :

§ 18. — « Ne sont pas soumis à la juridiction des tribunaux allemands, les chefs et les membres des missions diplomatiques accréditées auprès de l'empire d'Allemagne. Si ces personnes appartiennent à l'un des Etats de la Confédération, elles ne seront affranchies de cette juridiction que dans la même mesure dans laquelle l'Etat auquel elles appartiennent, aura renoncé à la juridiction sur elles. — Les chefs et les membres des missions diplomatiques accréditées auprès de l'un des Etats de la Confédération, ne sont pas soumis à la juridiction de cet Etat. Il en est de même pour les membres du Conseil fédéral qui n'auraient pas été délégués par l'Etat où siège ce Conseil. »

§ 19. — « Les dispositions précédentes s'appliquent également aux membres de la famille des personnes mentionnées au § 18, à leur personnel, ainsi qu'à toute personne de leur service qui n'appartiendrait pas à la nationalité allemande. »

§ 20. — « Les dispositions des §§ 18 et 19 ne touchent en rien aux règles de compétence qui régissent la procédure civile en matière purement réelle. »

§ 21. — « Les consuls établis sur le territoire de l'empire d'Allemagne, sont soumis à la juridiction des tribunaux allemands, à moins que des traités internationaux ne les en affranchissent. »

D'après le Code de procédure civile, du 30 janvier 1877, toute signification à effectuer à l'étranger se fera par voie de requête adressée, soit à l'autorité compétente de l'Etat étranger, soit au consul ou ambassadeur de l'empire résidant dans ledit Etat (§ 182). La signification est prouvée par un certificat des autorités ou fonctionnaires requis, constatant qu'elle a été effectuée (§ 185).

Lorsque la résidence d'une partie est inconnue, la signification peut se faire par une notification publique. Ce mode de procéder peut également être employé, lorsque pour une significa-

tion à faire en pays étranger, l'observation des dispositions prescrites est impossible, ou ne permet d'espérer aucun résultat (§ 186). La notification publique se fait par une affiche apposée au tableau du tribunal, contenant copie certifiée de la pièce à signifier. Lorsqu'il s'agit d'une assignation, un extrait de la pièce est en outre inséré deux fois dans le journal destiné aux publications officielles de la localité où siège le tribunal saisi du procès, et une fois dans le journal officiel de l'empire d'Allemagne. Le tribunal peut ordonner que l'extrait sera aussi inséré dans d'autres journaux et à plusieurs reprises (§ 187). Cet extrait désigne le tribunal saisi du procès, les parties, l'objet du débat, les conclusions, le but de l'assignation et l'époque à laquelle la personne assignée devra comparaître (§ 188) (668).

264. — En Autriche, la compétence *ratione personæ* est déterminée, en premier lieu, par le domicile. Cependant, les lois reconnaissent beaucoup d'autres *fora*, soit obligatoires, soit facultatifs, au choix du demandeur. Dans tous ces cas, la loi ne distingue pas entre les Autrichiens et les étrangers. En outre, les étrangers peuvent être cités devant tous les *fora* qui, dans l'Etat auquel ils appartiennent, seraient compétents à l'égard d'Autrichiens. Quand aucune des règles de compétence établies par la loi autrichienne, ne peut être appliquée à l'égard d'un étranger, celui-ci peut être assigné devant le tribunal du lieu où on le trouve, toutes les fois qu'il s'agit d'une obligation contractée en Autriche, ou qui doit être exécutée dans ce pays (669).

(668) V. aussi §§ 189, 198, 234, 459.

(669) *Rev. dr. int.*, 1875, t. VII, p. 411. — V. aussi, Fœlix, t. Ier, p. 382. — *J. dr. int.*, 1879, p. 498, et 1881, n° III-IV, p. 173, n. 2. — La Cour suprême de Vienne, par un arrêt du 16 novembre 1876, a rejeté le pourvoi formé contre une décision par laquelle les premiers juges s'étaient déclarés incompétents pour prononcer sur une demande en nullité de mariage, formée par un Autrichien contre des époux étrangers, ayant leur domicile à l'étranger. *J. dr. int.*, *loc. cit.* — La disposition de l'article 14 du Code civil

La jurisprudence autrichienne reconnaît, comme la jurisprudence française, l'incompétence des tribunaux autrichiens pour statuer sur les demandes formées contre les Etats étrangers, alors même qu'il s'agit de procès relatifs à des obligations que ceux-ci ont pu contracter comme de simples particuliers (670).

En ce qui concerne les ministres publics, le § 38 du Code civil d'Autriche est ainsi conçu : « Les ambassadeurs, les chargés d'affaires et les personnes qui sont à leur service, jouissent des franchises établies par le droit des gens et par les traités publics. »

L'assignation à des personnes domiciliées à l'étranger se fait, selon la disposition du tribunal qui doit connaître du procès, soit par une commission rogatoire, adressée par ce tribunal à celui du domicile de la personne qui doit être assignée, à l'effet de lui faire signifier la citation, soit par l'intermédiaire des agents diplomatiques. En même temps, il est nommé un curateur pour représenter le défendeur absent. Si le tribunal auquel la commission rogatoire a été adressée, n'envoie pas, dans un délai déterminé, la preuve que l'exploit a été signifié, on annonce dans les journaux la remise de l'assignation au curateur. Une publication de cette nature a la même force qu'une signification à domicile. La signification au ministère public n'a pas lieu en Autriche (671).

français aurait dû, d'après les règles que nous avons établies, faire reconnaître la compétence des tribunaux de France pour statuer sur une pareille demande.—V. les *observations* de M. Lyon-Caen qui accompagnent cet arrêt. — Cpr. n° 194.

(670) Cour suprême de Vienne, 4 sept. 1877; *J. dr. int.*, 1878, p. 386, et 1881, n° III-IV, p. 175.

(671) *Rev. dr. int.*, 1875, t. VII, p. 413. — Pour les formalités de l'assignation et les délais de comparution, V. aussi, Fœlix, t. I^{er}, n° 201, p. 405. — Nous avons eu déjà l'occasion de signaler, en parlant de la caution *judicatum solvi*, l'existence d'un projet pour un nouveau Code de procédure civile. Nous ne savons s'il a déjà été adopté d'une manière définitive.

265.— D'après M. Fœlix (672), il résulte du *Digeste russe* que les contestations judiciaires entre les sujets russes et les étrangers suivent la loi commune, tant pour le règlement de la compétence que pour le mode de procéder. Il faut ajouter l'article 2295, aux termes duquel, « le Russe qui se trouve à l'étranger, est justiciable des tribunaux du pays dans ses contestations avec les indigènes, s'il n'y a pas d'exception dans les traités. » Cette disposition prouve que, dans la pensée du législateur russe, les tribunaux de chaque Etat sont compétents pour statuer sur les contestations qui s'élèvent dans cet Etat, quelle que soit la nationalité des parties, et que, par conséquent, il appartient aux tribunaux russes de connaître de toutes les demandes dirigées contre un étranger résidant en Russie.

Tous les procès concernant les droits de possession ou de propriété sur des immeubles situés en Russie, ne sauraient d'ailleurs être jugés que par les tribunaux russes (673).

D'après la même législation, toute autorité saisie d'une réclamation quelconque élevée contre un individu attaché à une mission étrangère, doit la transmettre au ministère des affaires étrangères. Aucun jugement ne peut être mis à exécution dans les hôtels occupés par les ambassadeurs et envoyés diplomatiques, autrement que par l'intermédiaire du même ministre (674).

Celui qui veut faire assigner une personne domiciliée à

(672) T. I^{er}, p. 313. — V. aussi Bonfils, p. 98.

(673) V. un article de M. Martens, professeur à l'Université de Saint-Pétersbourg, sur l'exécution des jugements étrangers en Russie. *J. dr. int.*, 1878, p. 142.

(674) Fœlix, t. I^{er}, p. 430. — Bonfils, p. 378. — Telles sont les seules indications que nous trouvons sur la législation russe. Nous devons ajouter qu'il existe des règlements judiciaires, du 20 novembre 1864 (*Bulletin de la société de législat. comp.* 1877-1878, t. VII, p. 171). N'ayant pas ce document à notre disposition, nous ne pouvons faire connaître les règles qu'il contient, et les modifications qu'il aurait pu apporter à la législation antérieure.

l'étranger, doit s'adresser au ministre des affaires étrangères, en lui communiquant l'adresse exacte. Si cette adresse n'est pas connue, l'assignation se fait au moyen d'une annonce dans le journal officiel et dans deux autres journaux paraissant à Saint-Pétersbourg, dont l'un allemand et l'autre français (675).

Le délai de comparution est de quatre mois, quand l'adresse du défendeur est connue. Dans le cas contraire, le délai est de six mois, à compter de la dernière annonce au journal officiel (676).

266. — L'étranger domicilié au Pérou peut être traduit devant les tribunaux péruviens par un national, dans quelque pays qu'il se trouve et en quelque endroit que l'obligation ait été contractée, en vertu de la règle: *Actor sequitur forum rei* (art. 37 du Code civil). Si l'étranger est non domicilié, il peut être traduit devant les tribunaux péruviens, quand il se trouve au Pérou et qu'il s'est obligé envers un sujet du pays, peu importe encore en quel lieu l'obligation ait été contractée (art. 38 du Code civil) (677).

L'étranger cessionnaire d'un Péruvien pourrait-il actionner le débiteur devant les tribunaux du Pérou? M. Pradier-Fodéré (678) admet la négative, et c'est aussi la solution que nous avons donnée, en parlant de l'article 14 du Code civil français. Le même auteur incline toutefois à faire une exception pour le cas où il s'agit d'un étranger domicilié, cessionnaire d'un Péruvien, car, selon lui, cet étranger doit être admis à jouir des mêmes garanties que le national.

L'étranger, même non domicilié, peut d'ailleurs être actionné devant les tribunaux du Pérou, bien qu'il ne se trouve pas dans le pays, dans les trois cas suivants: 1° quand on intente une

(675) *Rev. dr. int.*, 1875, t. VII, p. 413.

(676) *Op. cit.*, p. 414.

(677) Pradier-Fodéré, *J. dr. int.*, 1879, p. 261 et 262.

(678) *Op. cit.*, p. 261 et suiv.

action réelle concernant des biens immeubles situés au Pérou ; — 2° quand on intente une action civile, en conséquence d'une faute ou d'un délit que l'étranger aurait commis au Pérou ; — 3° quand il s'agit d'une obligation contractée par l'étranger, et qu'il a été stipulé dans le contrat que les tribunaux du Pérou décideraient les différends relatifs à cette obligation (art. 39, C. civ.) (679).

267. — Un Code civil a été voté au Mexique, le 8 décembre 1870, et mis en vigueur depuis le 12 mars 1871. Il renferme un titre intitulé : *Mexicains et étrangers*, qui établit la compétence des tribunaux du territoire soumis à ce Code, pour l'exécution des obligations contractées dans la république ou à l'étranger envers qui que ce soit, Mexicains ou non, par des Mexicains ou des étrangers résidant sur ce territoire, ou même n'y résidant pas, pourvu toutefois, dans ce dernier cas, qu'ils y aient des biens affectés à ces obligations (680).

268. — L'étranger qui réside aux Etats-Unis, peut, comme en Angleterre, être cité devant les tribunaux du pays, en quelque lieu que le contrat ait été passé (681). La compétence appartient aux tribunaux fédéraux pour toutes les contestations dans lesquelles un étranger est partie (682).

269. — Voici les différentes règles qui résultent de plusieurs propositions approuvées par le Congrès des juristes américains, tenu à Lima, en 1877 : 1° Les étrangers qui sont domiciliés dans la république, peuvent être actionnés devant les autorités judiciaires de la nation, pour l'accomplissement des contrats formés en pays étranger. — 2° Peuvent être actionnés également devant les mêmes autorités, les étrangers non domiciliés, si ces contrats

(679) *Op. cit.*, p. 264.

(680) *Rev. dr. int.*, 1872, t. IV, p. 305.

(681) Foelix, t. I^{er}, n° 148, p. 309. — V. aussi, *J. dr. int.*, 1880, p. 148, n. 2. — V. toutefois, pour l'étranger ennemi, Roguet, *Rev. pratique*, 1857, t. III, p. 158. — *J. dr. int.*, 1875, p. 137.

(682) Roguet, *op. cit.*, p. 238.

ont été conclus avec des naturels ou avec d'autres étrangers naturalisés. — 3° Sont exceptés des dispositions précédentes, les contrats sur des objets prohibés par les lois de la république. — 4° Les étrangers, même ceux qui sont absents, peuvent être cités devant les autorités judiciaires de la nation, *a* : pour l'accomplissement des obligations contractées, ou qui doivent recevoir leur exécution dans la république ; *b* : lorsqu'on intente contre eux une action réelle, concernant les biens qu'ils ont dans la république ; *c* : quand il a été stipulé que le pouvoir judiciaire de la république jugera les différends relatifs aux obligations contractées dans un autre pays (683).

270. — En ce qui concerne les consuls, leur soumission à la juridiction ordinaire de l'Etat dans lequel ils exercent leurs fonctions, explique le silence gardé, en général, à leur égard dans les législations positives (684).

(683) *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1877-1878, t. VII, p. 531.

(684) Fœlix, t. I^{er}, n° 219, p. 430. — Nous avons vu qu'un certain nombre de conventions ont été conclues par la France avec des Etats étrangers, dans le but de déterminer les prérogatives et immunités des consuls respectifs. V. *suprà*, n° 188.

DEUXIÈME PARTIE

Des Contestations entre étrangers.

Jusqu'à présent, nous avons examiné les principales difficultés que peut faire naître la question de la compétence des tribunaux français dans les procès intentés par un étranger contre un Français, ou par un Français contre un étranger. Il nous reste, pour atteindre le but que nous nous sommes proposé, à résoudre un troisième problème non moins intéressant, mais assurément plus difficile que les deux premiers. Nos tribunaux, compétents, aux termes des articles 14 et 15, C. civ., alors que l'un des deux plaideurs est français, le sont-ils également pour les contestations civiles et commerciales soulevées entre deux étrangers ?

Quel que soit le lieu du contrat, à quelque nation que les contractants appartiennent, il importe que la juridiction compétente soit connue d'une manière certaine, et cette nécessité se fait d'autant plus sentir de nos jours que les contestations dont il s'agit deviennent plus fréquentes, par suite de la multiplicité des échanges, de l'extension du commerce et de la présence d'un grand nombre d'étrangers sur le sol français. Pour suivre la solution de ce problème, c'est, il faut bien l'avouer, s'imposer une tâche ardue et féconde en controverses, puisque nos Codes ne contiennent aucune disposition sur les procès entre étrangers. Aussi, aurons-nous à faire une étude toute spéciale de la jurisprudence, dans ces questions surtout où, par suite de l'absence de textes positifs, les décisions des magistrats sont appelées à remplacer la loi. Nous nous permettrons d'apprécier

ces décisions et souvent même de les critiquer; nous examinerons si le principe consacré par la jurisprudence et les conséquences qui en découlent, ou, du moins, devraient logiquement en découler, sont conformes à l'idée même que l'on doit se faire de la justice, et s'ils sont de nature à satisfaire ces besoins communs à tous les peuples, qui deviennent chaque jour plus manifestes et plus nombreux.

Nous suivrons ici l'ordre que nous avons déjà adopté en étudiant les règles de la compétence dans les procès entre Français et étrangers, et nous examinerons successivement la question, selon que l'action intentée par un étranger contre un autre étranger est réelle, mixte ou personnelle.

I. — Actions réelles immobilières.

271. — Les immeubles font partie du territoire, qui est comme la base matérielle d'un Etat, et voilà bien pourquoi le principe de la souveraineté nationale donne à chaque Etat le pouvoir absolu de régler législativement ce qui concerne les droits réels sur les immeubles. Le droit de juridiction est une émanation de la souveraineté française, qui doit, comme cette dernière, s'étendre sur tout le territoire français, et l'on comprend facilement que nos juges soient toujours les gardiens de ces lois qui, aux termes de l'article 3, C. civ., s'appliquent aux immeubles, - alors même qu'ils sont possédés par des étrangers (V. n° 3).

La compétence du juge français étant fondée sur la situation même de l'objet litigieux, il n'y a pas à tenir compte de la nationalité ou du domicile des parties, et il en résulte que les tribunaux français sont compétents pour statuer, même entre étrangers, sur les actions réelles immobilières relatives à des immeubles situés en France. Il importe peu que l'action soit pétitoire ou possessoire; les étrangers devront la porter

devant le juge français, qui, de son côté, devra également en connaître (685).

De ce que la situation de l'immeuble, objet de la contestation, est la base de la compétence des tribunaux français, il résulte également que c'est au tribunal étranger qu'appartiendra la connaissance de la cause, lorsque l'immeuble sera situé en pays étranger, quelle que soit d'ailleurs la nationalité des parties (686).

II. — Actions mixtes.

272. — Nos tribunaux seront encore compétents pour connaître de l'action relative à un immeuble situé en France, lorsque cette action sera de la nature de celles qu'on appelle *mixtes*. Elle peut, en effet, être considérée comme action réelle, et rentrer à ce titre dans la compétence de nos juges (687).

Si, au contraire, l'action mixte a pour objet un immeuble situé en pays étranger, les tribunaux français ne seront compétents qu'autant que cette action, considérée comme personnelle,

(685) Vattel, *Le droit des gens*, liv. 2, chap. VIII, § 103. — Fœlix, t. I^{er}, n° 160, p. 334. — Massé, t. I^{er}, n° 651, p. 603. — Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 146. — Legat, p. 295 et 296. — Valette, *Cours de Code civil*, 1872, p. 75. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, p. 143, n. 31. — Demolombe, t. I^{er}, n° 261, § 3, p. 421. — Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. I^{er}, § 62, p. 87, n° 3, texte et note 20. — Marcadé, t. I^{er}, sur l'article 14, III-139, et sur l'art. 15, II-142. — Bonfils, n° 173, p. 147. — Bertauld, *Questions pratiques*, t. I^{er}, n° 178, p. 143. — Merlin, *Répert.*, V° *Compétence*, § 2, n° 9. — Dal., *Répert.*, V° *Droit civil*, n° 302. — Paris, 23 thermidor an XII; C. n., 1, 2, 212.

(686) Req. rej., 6 janv. 1841; S., 41, 1, 24.

(687) Bonfils, n° 174, p. 147. — Fœlix, *loc. cit.* — Féraud-Giraud, *loc. cit.* — Aubry et Rau, *loc. cit.* — Zachariæ, *loc. cit.* — Colmar, 12 août 1817; C. n., 5, 2, 316. — Bordeaux, 18 déc. 1846; Dal., 47, 2, 43.

pourra être portée devant eux, malgré la nationalité étrangère des deux parties (688).

III. — **Actions personnelles ou mobilières.**

273. — De savants auteurs mettent à part les actions réelles mobilières, et pensent que les tribunaux français sont compétents pour connaître des contestations entre étrangers, lorsque la demande présente le caractère de ces actions. Ce n'est toutefois qu'avec une certaine hésitation qu'ils expriment cette opinion. « La même règle (celle applicable aux actions réelles immobilières), disent MM. Aubry et Rau, semble devoir s'appliquer aux actions réelles mobilières, concernant des meubles qui se trouvent en France » (689).

Nous ne voulons pas rechercher ici par quelle loi sont régies les meubles. Que les choses mobilières, considérées individuellement, soient régies par la loi du lieu où elles se trouvent; que les meubles, considérés comme universalité juridique composant la succession d'un étranger, soient réputés situés dans le lieu du domicile ou de la nationalité de leur propriétaire, et assujettis aux lois qui y sont en vigueur, c'est là une question de statut, et bien trop souvent on a confondu cette question et celle de la compétence, en posant en principe que les tribunaux d'un pays ont seuls le pouvoir d'en appliquer les lois (690).

D'après l'article 59, § 3, C. pr., en matière réelle, le défendeur doit être assigné devant le tribunal de la situation de l'objet litigieux. Les meubles n'ont point, à proprement parler, de situa-

(688) Bonfils, n° 175, p. 147. — V. n° 5.

(689) T. VIII, § 748 bis, n. 32. — V. aussi, Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. I^{er}, *loc. cit.*

(690) V. notamment, Marcadé, t. I^{er}, p. 106.

tion, c'est-à-dire d'assiette fixe, et sont susceptibles d'être à chaque instant transportés rapidement d'un endroit dans un autre. Une situation aussi mobile, si essentiellement accidentelle, ne peut pas, on le conçoit facilement, servir à déterminer la compétence d'un tribunal, et dès que l'action réelle mobilière ne rentre pas dans la classe de celles dont la connaissance appartient au tribunal de la situation de l'objet litigieux, elle échappe à l'exception pour rester dans la règle générale. Il faut donc reconnaître qu'en parlant d'actions réelles, la loi n'a entendu parler que des actions réelles immobilières, et a voulu placer, sur la même ligne, au point de vue de la compétence, les actions personnelles et les actions réelles mobilières (691).

273 bis. — Nous avons donc à examiner cette question si souvent débattue et si féconde en difficultés et en controverses : les tribunaux français sont-ils compétents pour statuer sur l'action personnelle ou mobilière intentée en France par un étranger contre un autre étranger ? Pour essayer de jeter un peu de lumière sur ce sujet, et afin d'éviter toute confusion dans une matière aussi compliquée, nous examinerons d'abord la situation particulière faite à certains étrangers par des traités internationaux. Nous nous occuperons ensuite de ceux qui ont obtenu du Gouvernement l'autorisation d'établir leur domicile en France. Enfin, nous rechercherons quelle est la règle à suivre à l'égard des étrangers qui ne se trouvent dans aucune de ces deux catégories, soit qu'ils aient en France un domicile ou une résidence, soit qu'ils aient conservé l'un et l'autre dans leur pays d'origine.

(691) Bonfils, n° 42, p. 36. — Murlon, *Répétitions écrites sur le Code de procédure civile*, n° 87, p. 46. — Boitard, *Procédure civile*, t. 1^{er}, p. 91 — Bonnier, *Procédure civile*, n° 53, p. 24. — Boncenne, *Procédure civile*, t. II, p. 252. — Cpr. Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 147.

CHAPITRE PREMIER

Traité diplomatiques.

274. — L'article 11 du Code civil réserve au Gouvernement le pouvoir d'accorder à des étrangers la jouissance de tous les droits civils ou de quelques-uns de ces droits, sous la condition de la réciprocité diplomatique. La faculté d'estimer en justice doit-elle être regardée comme l'un de ces droits civils dont parle l'article 11? C'est là une question que nous examinerons en discutant le principe admis par la jurisprudence. Toujours est-il que le Gouvernement a plusieurs fois fait usage de ce pouvoir, et qu'un certain nombre d'étrangers ont reçu par des traités le droit de porter leurs contestations devant les juges français, qui sont alors compétents en vertu de la loi internationale.

Nous avons déjà vu qu'aux termes de l'article 3, § 3, du traité du 18 juillet 1828 entre la France et la Suisse, les contestations qui pouvaient s'élever entre les héritiers d'un Français mort en Suisse, à raison de sa succession, devaient être portées devant le juge du dernier domicile que le Français avait en France.

On s'était demandé également si l'article 3, § 1^{er}, du même traité, qui veut qu'en matière personnelle ou de commerce, le demandeur porte son action devant les juges naturels du défendeur, s'appliquait aux contestations entre Suisses ou entre Français, et si, dès lors, les tribunaux français étaient compétents pour statuer entre deux Suisses, dans les conditions prévues par ce traité. Le Conseil fédéral soutenait que les tribunaux suisses étaient compétents pour prononcer entre deux Français,

dans les termes de la convention, et le tribunal de la Seine (692) avait adopté la même interprétation. Mais il avait été jugé, au contraire, que le traité de 1828 ne plaçait pas les Suisses dans une position particulière (693).

274 bis. — Ce qui, dans cette convention, n'était pas stipulé aussi clairement, a été réglé d'une manière plus précise par le traité de 1869, en ce sens que la disposition précitée n'a trait qu'aux rapports entre Suisses et Français, et nullement aux contestations entre sujets du même Etat. C'est donc en vain, par exemple, que le défendeur français, établi de l'autre côté de la frontière, prétendrait que, si cette règle de compétence régit les rapports entre les Suisses et les Français, à plus forte raison doit-elle régir les rapports entre Français, et qu'il a le droit, aux termes mêmes de cet article, d'être actionné devant le tribunal suisse de son domicile. Le but de cette convention diplomatique a été, en effet, d'empêcher que les ressortissants de l'un des deux Etats ne fussent soustraits à leurs juges naturels; mais cette disposition n'a trait qu'aux rapports entre Suisses et Français, et nullement aux contestations des Français ou des Suisses entre eux. Il paraît même que c'est la France qui insista pour qu'il en fût ainsi, voulant conserver à ses nationaux la faculté de se poursuivre réciproquement en France, malgré leur domicile à l'étranger. C'est ce qui résulte des explications données à cet égard par le Conseil fédéral, dans le message qu'il adressa aux Chambres fédérales sur le traité en question (694).

Cette solution, consacrée par les tribunaux français (695), a été également admise par un arrêté du Conseil fédéral, du 31 dé-

(692) 16 avril 1850; *Gazette des trib.*, 3 mai 1850, cité par Demangeat, sur Fœlix, t. 1^{er}, p. 324, n. a.

(693) Angers, 20 fév. 1861; S., 61, 2, 409.

(694) *J. dr. int.*, 1879, p. 94, n. 2. — V. les considérants d'un arrêt du tribunal fédéral, du 26 mars 1881; S., 1881, 4, 28, septième cahier mensuel.

(695) *Op. cit.*, 1874, p. 50.

cembre 1873, qui invite les autorités cantonales compétentes à prêter la main à l'exécution du jugement rendu par la juridiction française (696).

274 *ter.* — Mais l'article 2 de ce dernier traité renferme une disposition spéciale, relative aux difficultés qui peuvent s'élever entre deux Suisses en France, ou entre deux Français en Suisse. Il est ainsi conçu : « Dans les contestations entre Suisses qui seraient tous domiciliés, ou auraient un établissement commercial en France, et dans celles entre Français tous domiciliés, ou ayant un établissement commercial en Suisse, le demandeur pourra aussi saisir le tribunal du domicile ou du lieu de l'établissement du défendeur, sans que les juges puissent se refuser de juger et se déclarer incompétents à raison de l'extranéité des parties contestantes. — Il en sera de même, si un Suisse poursuit un étranger, domicilié ou résidant en France, devant un tribunal français, et réciproquement, si un Français poursuit en Suisse un étranger, domicilié ou résidant en Suisse, devant un tribunal suisse » (697).

La disposition de cet article s'applique-t-elle aux actions relatives à l'état des personnes, aux demandes en séparation de corps ?

La Cour de Rouen, par un arrêt du 12 mai 1875 (698), s'était déclarée compétente pour prononcer la séparation de corps entre deux époux suisses, domiciliés en France, en se fondant sur ce que le défendeur n'avait pas proposé l'exception d'incompétence

(696) *Op. cit.*, 1874, p. 50. — Trib. fédéral, 12 avril 1878; *eod. op.*, 1879, p. 94. — Trib. civ. Genève, 26 déc. 1879; *eod. op.*, 1880, p. 403. — Cour de Genève, 26 avril 1880; *eod. op.*, 1880, p. 401. — Le tribunal fédéral, par un arrêt du 26 mars 1881 (cité à la note 694), a fait application de cette règle, en décidant que le traité de 1869 ne pouvait être invoqué par le Français domicilié en France, actionné par un Anglais devant un tribunal suisse. — V. cependant, Lyon, 25 juil. 1874; *eod. op.*, 1876, p. 273.

(697) S., 1869, 3, 429.

(698) S., 77, 2, 103.

in limine litis. Le 1^{er} juillet 1878, la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, sur le rapport de M. Demangeat et sur les conclusions conformes du ministère public, a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt, par le motif qu'il y avait lieu d'appliquer à une telle demande l'article 2 de la convention du 15 juin 1869, dont nous venons de rapporter le texte (699).

Cet arrêt n'a pas été sans soulever de vives critiques, et l'on a prétendu que le traité avait uniquement en vue les réclamations civiles ou commerciales qui ont pour objet une dette d'argent, ou peuvent se ramener directement ou indirectement au paiement d'une somme d'argent (700).

Nous pensons, malgré ces critiques, que cette décision est juridique, et, pour notre part, nous approuvons la jurisprudence de la Cour suprême. Remarquons d'abord que l'article 2 du traité est aussi large que possible, et conçu dans les termes les plus généraux. Mais, en admettant même que les contestations dont il s'occupe, soient uniquement les contestations en matière mobilière et personnelle, civile ou de commerce, dont il est parlé dans l'article 1^{er}, il n'en résulterait pas que les questions d'état n'auraient pas été comprises dans le traité de 1869. Sans doute, les actions relatives à l'état des personnes peuvent, jusqu'à un certain point, être assimilées aux actions réelles. Il est bien vrai aussi que la demande en séparation de corps n'est pas, dans un langage rigoureusement exact, une action mobilière et personnelle, tendant à faire condamner un débiteur à exécuter ses obligations. Mais, au point de vue de la compétence, le législateur oppose les actions en matière personnelle aux actions en matière réelle, et, dans sa pensée, ces derniers mots ne comprennent que les actions réelles immobilières, comme le prouve l'article 59, § 3, C. pr.,

(699) *J. dr. int.*, 1879, p. 177.

(700) M. Lehr, professeur à l'Académie de Lausanne; *op. cit.*, 1878, p. 247. — Dans le même sens : Trib. civ. Genève, 26 déc. 1879; *evd. op.*, 1880, p. 403. — Trib. civ. Seine, 12 août 1881; *Le Droit*, 26 août.

qui attribue compétence au tribunal de la situation de l'objet litigieux, expression qui ne saurait s'appliquer qu'aux immeubles, seuls susceptibles d'avoir une situation fixe, de laquelle on puisse faire dépendre une attribution de compétence. Aux actions personnelles, il faut donc, pour l'application des règles sur la compétence, assimiler les autres actions qui ne sont pas réelles immobilières, quel que soit d'ailleurs le degré d'analogie qu'elles puissent présenter avec ces dernières. Dans cette catégorie nous placerons, par conséquent, les actions relatives à l'état des personnes, les demandes en séparation de corps (701).

Les rédacteurs de la convention de 1869 ont employé un langage analogue à celui des rédacteurs du Code de procédure, et, par contestations en matière mobilière et personnelle, il faut entendre toutes celles qui peuvent s'élever entre deux Suisses domiciliés en France, sauf celles dont il est question dans l'article 4, c'est-à-dire les contestations en matière réelle immobilière et les actions personnelles concernant la propriété ou la jouissance d'un immeuble (702).

Remarquons d'ailleurs que, dans l'espèce sur laquelle la Cour était appelée à statuer, comme dans toutes celles où le défendeur n'oppose pas l'exception d'incompétence *in limine litis*, le tribunal français, d'après le droit commun, tel qu'il est consacré par la jurisprudence, est investi d'un pouvoir discrétionnaire pour décider, selon les circonstances, s'il convient mieux de retenir l'affaire ou de se déclarer incompétent. Or, dans le cas particulier, le mariage avait été célébré en France, les époux y résidaient depuis de longues années, et c'est en France également qu'avaient eu lieu les faits qui motivaient la demande en séparation de corps.

L'interprétation donnée à l'article 2 du traité par la Cour de

(701) Boitard, *op. cit.*, t. 1^{er}, n° 129, p. 92. — Mourlon, *op. cit.*, n° 86, p. 46, et n° 98, p. 52. — Bonnier, *op. cit.*, n° 53, p. 24. — V. *suprà*, n° 273.

(702) V. en ce sens, Demangeat, *J. dr. int.*, 1878, p. 450.

cassation de France, a également été adoptée par la Cour de Genève (703). La Cour pouvait en outre invoquer, comme elle l'a fait, le principe établi par l'article 46 de la Constitution fédérale, du 29 mai 1874, qui soumet les personnes établies en Suisse à la législation et à la juridiction du lieu de leur domicile (704).

275. — Le tribunal français, compétent pour statuer sur les contestations qui s'élèvent entre deux Suisses domiciliés en France, est-il nécessairement incompétent, lorsque l'un des deux plaideurs n'a en France ni domicile ni établissement commercial ?

Des tribunaux de l'un et de l'autre pays, séduits par un raisonnement *a contrario*, fondé sur la disposition même de l'article 2, ont cru pouvoir décider que les tribunaux, compétents dans la première hypothèse, étaient, au contraire, incompétents dans la seconde, en vertu de ce même article qui prononce tacitement l'incompétence pour le cas où l'une des deux parties n'a pas un domicile ou un établissement de commerce dans le même pays que l'autre. Ils en ont conclu que l'article 11 de la convention devait recevoir ici son application, que l'incompétence était d'ordre public, que le tribunal devait la prononcer d'office, qu'enfin elle pouvait être opposée par le défendeur en tout état de cause, et qu'il n'était pas permis aux parties d'y renoncer (705).

(703) 6 mai 1876; *J. dr. int.*, 1876, p. 227. — 21 janv. 1878, confirmant un jugement du tribunal civil, du 21 décembre 1877; *Dal.*, 79, 2, 145. — Toutefois, ce dernier arrêt a été cassé par un arrêt du tribunal fédéral, du 18 octobre 1878; *J. dr. int.*, 1879, p. 96.

(704) *Annuaire de législat. étrang.*, 1875, t. IV, p. 450.

(705) Paris, 8 juil. 1870; *S.*, 71, 2, 177. — Trib. civ. Seine, 12 août 1881; *Le Droit*, 26 août. — Trib. civ. Genève, 27 déc. 1878; *J. dr. int.*, 1880, p. 399. — Le recueil genevois assigne à cette décision la date du 27 décembre 1879; mais le rédacteur du bulletin de la jurisprudence suisse lui donne, au contraire, la date que nous avons indiquée. — Le rédacteur de ce bulletin cite, dans le même sens, un jugement du tribunal cantonal de Vaud, du 25 mars 1874.

En admettant même que cette incompétence résulte, en effet, du traité, on pourrait se demander, surtout en présence de l'article 3 qui donne compétence au tribunal du domicile élu, s'il n'est pas permis aux parties d'accepter librement la juridiction des tribunaux français, et si, dans cette hypothèse, l'application de l'article 11 ne doit pas être écartée (V. n° 253). Mais nous ne pensons pas qu'il y ait lieu d'examiner ici cette question, car, à notre avis, l'incompétence dont il s'agit n'a pas été prévue par le traité, et l'on doit, pour résoudre cette difficulté, faire application des règles du droit commun.

Il est certain, en effet, que les auteurs de la convention ont eu simplement l'intention d'exclure, dans les rapports entre les deux pays, toute jurisprudence analogue à celle de la France, dont les tribunaux se déclarent, en principe, incompétents dans les contestations entre étrangers. Loin de tendre à réduire les cas de compétence, les parties contractantes ont entendu, au contraire, les augmenter. En défendant au tribunal de se déclarer incompétent dans telles circonstances données, elles n'ont donc pas voulu lui imposer l'obligation de le faire dans d'autres cas, où, d'après le droit commun, il doit ou peut retenir la connaissance de l'affaire. Aussi, sommes-nous heureux de constater que la jurisprudence genevoise a rompu avec la fausse doctrine qu'elle avait d'abord consacrée (706). « Considérant, dit le tribunal de Genève (707), que s'il résulte des termes de l'article 2 de la convention, que, dans les contestations entre Français tous domiciliés, ou ayant un établissement commercial en Suisse, le tribunal du domicile du défendeur, s'il est saisi de l'affaire, doit juger et ne peut pas se déclarer incompétent, il n'en résulte nullement que, dans le cas où le défendeur seul est domicilié, ou a un établis-

(706) Cour de Genève, 6 mai 1876; *J. dr. int.*, 1876, p. 227. — Trib. civ. de la même ville, 15 mars 1879; *op. cit.*, 1880, p. 400. — Cour de Genève, 26 avril 1880; *eod. op.*, 1880, p. 401.

(707) 15 mars 1879, cité à la note précédente.

sement commercial en Suisse, le tribunal du lieu du domicile ou de l'établissement devra refuser de juger et se déclarer incompétent; qu'en d'autres termes, si l'article 2 de la convention interdit aux juges de se déclarer incompétents dans un certain cas, il ne leur ordonne pas de le faire dans le cas inverse; il prohibe toute exception d'incompétence dans le premier cas, mais il n'en prescrit aucune dans le second..... »

Il faut donc décider qu'en dehors des cas prévus par le traité, le défendeur suisse, cité devant un tribunal français, peut accepter sa juridiction, et qu'il doit opposer l'exception d'incompétence *in limine litis*; qu'enfin le tribunal, dans l'hypothèse de cette acceptation, et en dehors des cas où sa compétence est obligatoire, aura la faculté de retenir la connaissance de l'affaire, ou de la renvoyer devant d'autres juges. Tel est du moins le droit commun, d'après la jurisprudence française.

275 *bis*. — D'après la disposition finale de ce même article 2, le Suisse peut poursuivre devant les tribunaux français un autre étranger, domicilié ou résidant en France, et réciproquement, le Français peut actionner devant les tribunaux suisses, un étranger domicilié ou résidant en Suisse.

276. — Rappelons aussi que, d'après l'article 3 du traité, en cas d'élection de domicile, les juges du lieu du domicile élu sont seuls compétents pour statuer sur les difficultés qui peuvent naître à l'occasion de l'exécution du contrat.

Nous avons vu également que, d'après l'article 5, toute action relative à la liquidation et au partage d'une succession testamentaire ou *ab intestat*, et aux comptes à faire entre les héritiers ou légataires, doit être portée devant le tribunal de l'ouverture de la succession, tel qu'il est déterminé par la convention (708).

Les articles 6 à 11 sont relatifs à la compétence des tribunaux français ou suisses, en matière de faillite et de tutelle. Nous

(708) Trib. civ. Seine, 9 déc. 1880; *Le Droit*, 2, 3 et 4 janv. 1881. — V. *suprà*, nos 242 et suiv.

nous occuperons plus spécialement de ces dispositions, quand nous aurons examiné quelle est, en l'absence de tout traité, la règle générale à suivre en pareil cas (V. n^{os} 349 et 405).

277. — En dehors de la convention dont nous venons de parler, il existe encore un certain nombre de traités qui accordent à des étrangers le droit de plaider en France, sans énumérer les différents cas dans lesquels les tribunaux seront compétents, comme l'a fait le traité de 1869 avec la Suisse.

Ainsi, aux termes de l'article 2 de la convention conclue le 7 janvier 1862 entre la France et l'Espagne, promulguée par décret du 27 mars : « Les Français en Espagne, et les Espagnols en France, auront un libre et facile accès auprès des tribunaux de justice, tant pour réclamer que pour défendre leurs droits à tous les degrés de juridiction établis par les lois. Ils pourront employer, dans toutes les instances, les avocats, avoués et experts de toute classe qu'ils jugeront à propos, et jouiront, sous ce rapport, des mêmes droits ou avantages déjà accordés, ou qui seront accordés aux nationaux » (709).

Des dispositions analogues se retrouvent dans un certain nombre de traités conclus par la France avec des Etats étrangers (710).

(709) Dal., 1862, 4, 32.

(710) Avec le Chili, 15 sept. 1846 (art. 3, § 1^{er}) ; (loi du 15 mars 1850, et décret du 8 août 1853) ; S., *Lois annot.*, 1850, p. 68, et 1853, p. 144. — Avec la république Dominicaine, 8 mai 1852 (art. 3, § 1^{er}) ; (décret du 26 nov. 1852) ; S., *Lois annot.*, 1852, p. 179. — Avec le Paraguay, 4 mars 1853 (art. 9, § 3) ; (décret du 2 fév. 1854) ; S., *Lois annot.*, 1854, p. 15. — Avec la république de Honduras, 22 fév. 1856 (art. 4, § 1^{er}) ; (décret du 17 oct. 1857) ; S., *Lois annot.*, 1857, p. 147. — Avec la Nouvelle-Grenade, 15 mai 1856 (art. 4) ; (décret du 14 sept. 1857) ; S., *Lois annot.*, 1857, p. 141. — Avec les Iles Sandwich, 29 oct. 1857 (art. 4) ; (décret du 21 janvier 1859) ; S., *Lois annot.*, 1860, p. 6. — Avec la république de San-Salvador, 2 janv. 1858 (art. 4) ; (décret du 3 mars 1860) ; S., *Lois annot.*, 1860 p. 14. — Avec le Nicaragua, 11 avril 1859 (art. 4, § 1^{er}) ; (décret du 21 janv. 1860) ; S., *Lois annot.*, 1860, p. 3. — V. aussi le traité du 24 mars 1760 avec la Sardaigne (art. 22) ; *J. dr. int.* 1879, p. 56.

D'autres traités, sans employer la même formule, assimilent certains étrangers aux sujets de la nation la plus favorisée. Ainsi, aux termes de l'article 5, § 4, du traité d'amitié et de commerce, conclu le 12 juillet 1855 entre la France et la Perse, et promulgué par décret du 14 février 1857 : « En France, les sujets persans seront, dans toutes leurs contestations, soit entre eux, soit avec des sujets français ou étrangers, jugés suivant le mode adopté dans cet empire envers les sujets de la nation la plus favorisée » (711).

278. — Comment faut-il interpréter les termes d'un traité qui, après avoir accordé à certains étrangers un libre et facile accès auprès des tribunaux français pour la poursuite et la défense de leurs droits, ajoute qu'ils jouiront, sous ce rapport, des mêmes avantages que les nationaux ? Faut-il en conclure qu'ils peuvent invoquer le bénéfice de l'article 14, C. civ., et citer devant les tribunaux de France leurs débiteurs étrangers, alors même que ces derniers n'auraient en France ni domicile ni résidence ?

Cette solution semblerait résulter de la généralité des expressions employées par les traités dont il s'agit. Nous croyons cependant que la lettre d'une convention doit être éclairée par son esprit, et qu'une saine interprétation doit conduire à un résultat tout différent. Ces conventions, passées pour la plupart avec des Etats éloignés de la France, ont eu pour but d'assurer aux étrangers qui se trouvent en France le bénéfice de notre juridiction, et de les dispenser de la nécessité d'aller plaider au loin devant les juges de leur pays, afin d'éviter un retard préjudiciable et des déplacements coûteux, et de favoriser ainsi leurs transactions, en leur assurant une prompte solution pour les procès qui pourront s'élever entre eux. Autant il nous paraît

(711) S., *Lois annot.*, 1857, p. 7. — V. aussi le traité conclu avec le Portugal, le 9 mars 1853 (art. 1^{er}, § 1^{er}) ; (décret du 27 déc. 1853) ; Dal., 54, 4, 19.

certain que telle a été l'hypothèse prévue par les auteurs de ces conventions, autant nous avons peine à croire qu'ils aient entendu permettre à un étranger de soustraire à ses juges naturels un habitant du Pérou ou de la Perse, pour le faire condamner en France et aller ensuite faire mettre le jugement à exécution dans le pays étranger, où le défendeur a fixé le centre de ses intérêts et de sa fortune.

On ne peut d'ailleurs, sans s'exposer à méconnaître la véritable portée de ces traités, s'attacher à un article pris isolément ; il faut, au contraire, interpréter les uns par les autres les différents textes d'une même convention, qui sont appelés à jeter une mutuelle lumière sur le véritable sens des dispositions qu'ils renferment. Or, la plupart des textes qui précèdent ou qui suivent, supposent la présence sur le territoire d'un Etat, des sujets de l'autre Etat contractant. Nous sommes donc autorisé à dire que cette hypothèse est également celle qui a été prévue dans la disposition qui nous occupe.

Cette interprétation trouve encore un nouvel appui dans cette considération que quelques-uns de ces traités, plus explicites que d'autres, statuent d'une manière non équivoque sur cette hypothèse, dans le texte même qui reconnaît aux étrangers le droit de saisir les tribunaux français du jugement de leurs contestations (712).

Nous croyons donc que ces traités ont eu pour but de prévoir spécialement le cas où les deux plaideurs étrangers se trouvent sur le territoire français, au moment de l'introduction de l'instance, et, en tous cas, dût-on juger ces différentes raisons insuffisantes pour justifier la solution que nous avons adoptée, on devrait y voir, tout au moins, en faveur de cette solution, des arguments bien assez sérieux pour qu'il ne soit pas permis d'appliquer une disposition aussi exorbitante que celle de l'article 14.

(712) V. notamment, l'article 2 du traité conclu le 7 janvier 1862 avec l'Espagne; Dal., 1864, 4, 32.

279. — Aux traités que nous avons déjà cités, on a encore ajouté la convention de navigation et de commerce, conclue entre la France et la Russie, le 11 janvier 1787. D'après l'article 7 de ce traité, en cas de contestation entre les sujets commerçants de l'une ou de l'autre des Puissances contractantes, les deux parties peuvent, d'un consentement mutuel, s'adresser à leur propre consul ; mais, si l'une d'elles ne consent pas à recourir à l'autorité de ce consul, elle peut s'adresser au tribunal ordinaire du lieu de sa résidence, et toutes les deux sont tenues de s'y soumettre.

D'après l'article 16 de ce même traité, lorsqu'il s'élève des contestations sur l'héritage d'un Russe, mort en France, les tribunaux du lieu où les biens du défunt se trouvent, doivent juger les procès suivant les lois de la France. Le même article assure aux Français une entière réciprocité dans toute l'étendue de la Russie (712 bis). Cet article ne distingue pas d'ailleurs si le procès s'engage entre un Russe et un Français, ou entre deux Russes ; il ne distingue pas non plus s'il s'agit de meubles ou d'immeubles.

Ce traité doit-il être considéré comme étant encore en vigueur ? L'article 46 en fixait la durée à 12 ans, et les traités postérieurs, passés entre la France et la Russie, n'ont rétabli les relations commerciales entre les deux pays que dans les conditions où elles se trouvaient avant la guerre. Il est donc permis de penser que le but et le résultat de ces traités a été de considérer la convention de 1787 comme ayant été simplement suspendue par l'état de guerre, et, par suite, de lui faire reprendre son cours jusqu'à l'expiration des douze années primitivement fixées pour sa durée (713).

(712 bis) *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XXVIII, p. 290.

(713) Merlin, *Répert.*, V^o *Jugement*, § 7 bis. — Fœlix, t. II, n^o 375, p. 123. — Bonfils, n^o 270, p. 249. — *Contrà* : Trib. civ., Seine, 24 déc. 1844 ; *Gazette des trib.*, 29 déc., cité par Fœlix, t. II, p. 124, n. 3.

Quoi qu'il en soit d'ailleurs de cette question, nous trouvons de nouvelles règles sur la compétence, dans des conventions récentes conclues avec la Russie. D'après l'article 2 d'un traité de commerce et de navigation, signé à Saint-Petersbourg le 1^{er} avril 1874, approuvé par une loi du 17 juin : « Les Français en Russie et les Russes en France auront réciproquement un libre accès auprès des tribunaux de justice, en se conformant aux lois du pays, tant pour réclamer que pour défendre leurs droits à tous les degrés de juridiction établis par les lois. Ils pourront employer, dans toutes les instances, les avocats, avoués et agents de toute classe autorisés par les lois du pays, et jouiront, sous ce rapport, des mêmes droits et avantages qui sont ou seront accordés aux nationaux » (714).

Le règlement des successions, laissées dans l'un des deux pays par des nationaux de l'autre État, a fait également l'objet d'une convention signée le même jour entre la France et la Russie (715).

D'après l'article 10, la succession aux biens immobiliers est régie par la loi du pays dans lequel les immeubles sont situés, et la connaissance de toute demande relative à de telles successions, appartient aux tribunaux de ce pays. Quant au partage des successions mobilières et aux droits de succession sur les effets mobiliers, laissés dans l'un des deux pays par des sujets de l'autre, les réclamations qui y sont relatives doivent être jugées par le tribunal compétent de l'État auquel appartient le défunt, et conformément aux lois de l'État, à moins qu'un sujet du pays où la succession est ouverte, n'ait des droits à faire valoir à ladite succession. L'article 7 porte : « Si, pendant le délai déterminé par l'article 5, il s'élève quelque contestation à l'égard des réclamations qui pourraient se produire contre la partie mobilière de la succession, de la part de sujets du pays ou de sujets d'une

(714) S., 1874, 3, 553.

(715) S., *loc. cit.*, p. 556.

tierce Puissance, la décision concernant ces réclamations, en tant qu'elles ne reposent pas sur le titre d'hérédité ou de legs, appartiendra exclusivement aux tribunaux du pays. Aux termes de l'article 12, les dispositions de cette convention s'appliquent également à la succession d'un sujet de l'un des deux Etats, qui, étant décédé hors du territoire de l'autre, y aurait laissé des biens mobiliers ou immobiliers.

Faisons enfin mention de l'article 13 de la convention consulaire, conclue le même jour entre la France et la Russie, d'après lequel le règlement des avaries souffertes en mer par les navires des deux pays, lorsqu'ils entrent dans les ports respectifs volontairement ou par relâche forcée, doit être fait par l'autorité locale, lorsque des sujets du pays ou d'une tierce Puissance se trouvent intéressés à ce règlement, alors d'ailleurs qu'aucun compromis amiable n'est intervenu entre les parties (716).

280. — Il ne faudrait pas, au contraire, invoquer comme établissant la compétence des tribunaux français, la convention conclue, le 30 avril 1862, entre la France et l'Angleterre (717). Elle reconnaît bien à toutes les compagnies et associations, constituées et autorisées suivant les lois particulières à l'un des deux pays, la faculté d'exercer leurs droits et d'ester en justice devant les tribunaux de l'autre pays ; mais elle ne modifie en aucune façon les règles ordinaires qui déterminent la compétence des tribunaux à l'égard des étrangers (718).

Des Anglais ont soutenu que l'article 8 du traité d'Utrecht conférerait aux sujets anglais le droit de porter devant les tribunaux français, les demandes qu'ils pourraient avoir à diriger contre leurs compatriotes. Ce moyen invoqué devant la Cour de cassation, en 1857, avait un caractère de nouveauté, car les tribunaux

(716) S., *loc. cit.*, p. 555.

(717) Décret du 17 mai 1862 ; S., *Lois annot.*, 1862, p. 28.

(718) Paris, 19 mars 1875, confirmé par civ. rej., 17 juil. 1877 ; S., 77, 1, 449.

avaient été saisis de contestations très-importantes entre des sujets anglais, sans que jamais ce traité eût été invoqué. La Chambre des requêtes, sur un long rapport de M. le conseiller Nachet, a repoussé cette prétention et a décidé qu'en supposant que ce traité eût été enregistré et fût encore en vigueur, il en résulterait seulement que les Anglais ont le droit d'intenter devant les tribunaux français les actions qu'ils ont à faire valoir contre des Français, sans que nos tribunaux soient obligés de connaître des contestations qui peuvent s'élever entre des Anglais (719).

281. — Des étrangers ne seraient pas non plus admis à invoquer une faveur particulière pour la compétence, lorsqu'un traité ne stipule que ce qui est relatif au commerce et à la navigation, et que c'est pour cet objet seulement qu'il décide que les parties contractantes jouiront des privilèges particuliers accordés à une autre nation (720).

282. — Le droit pour les étrangers de porter leurs contestations devant les tribunaux français, ne saurait d'ailleurs résulter de la simple réciprocité. Il ne suffit pas que, de fait et d'après l'usage, la jurisprudence ou la législation du pays auquel appartiennent ces étrangers, les Français soient admis à s'actionner entre eux devant les tribunaux de ce pays ; il faut qu'ils soient admis à réclamer la jouissance de ce droit en vertu d'une convention diplomatique. Toutefois, il n'est pas nécessaire que cette convention stipule, au profit des sujets du pays avec lequel elle est conclue, la réciprocité des droits dont elle concède la jouissance aux Français ; cette réciprocité a lieu de plein droit (721).

(719) Req. rej., 27 janv. 1857 ; S., 57, 1, 161.

(720) Trib. com. du Havre, 6 mars, 1878 ; *J. dr. int.* 1878, p. 382. — V. dans un sens analogue, trib. fédéral suisse, 6 juil. 1878 ; *op. cit.*, 1880, p. 398.

(721) Bonfils, n° 185, p. 156. — Fœlix, t. Ier, n° 154, p. 323. — Req. rej., 22 janv. 1806 ; C. n. 2, 1, 206. — Nous nous plaçons ici dans l'hypothèse où un traité serait nécessaire pour donner compétence aux tribunaux français.

283. — Les traités dont nous venons de parler, n'auront pas dans la pratique et au point de vue de la compétence, une importance aussi considérable qu'on pourrait le croire tout d'abord. Souvent, en effet, il pourra arriver que le défendeur soit véritablement domicilié en France, ou que la contestation porte sur une affaire commerciale et rentre dans l'un ou l'autre des cas prévus par l'article 420, C. pr. Or, nous verrons que, dans de telles circonstances, et malgré son principe général, la jurisprudence, même en l'absence de tout traité, admet généralement que nos tribunaux sont compétents pour statuer sur les contestations entre étrangers.

CHAPITRE II.

Étrangers domiciliés avec autorisation du Gouvernement.

284. — Nous n'avons pas à nous arrêter longtemps ici sur les règles de compétence applicables à cette classe d'étrangers dont nous avons déjà eu l'occasion de parler, en recherchant par qui peut être invoqué le bénéfice de l'article 14, et quelles sont les personnes soumises à la juridiction des tribunaux français d'après l'article 15 du code civil (V. nos 31 et 136).

Aux termes de l'article 13, les étrangers qui ont été admis par autorisation du Gouvernement à établir leur domicile en France, y jouissent de tous les droits civils tant qu'ils continuent d'y résider. Appelés à jouir des droits civils, ils doivent, au point de vue de la compétence, être assimilés à de véritables Français, et, dès lors, le principe de la jurisprudence, c'est-à-dire l'incompétence des tribunaux français pour statuer, en matière personnelle et mobilière, sur les contestations entre étrangers, ne

saurait recevoir son application à l'égard de ceux qui se trouvent dans la situation prévue par cet article (722).

285.— De là il suit que l'étranger demandeur, admis à établir son domicile en France et à y jouir des droits civils, pourra, à l'instar d'un Français, invoquer le bénéfice de l'article 14 contre son adversaire étranger (723). Peu importe d'ailleurs que l'étranger ainsi actionné devant les tribunaux français, appartienne ou non à la même nation que le demandeur (724).

La Cour de Bruxelles a cependant jugé que l'étranger domicilié avec autorisation en Belgique, ne pouvait, en vertu de l'article 14, traduire un autre étranger devant les tribunaux belges (725). On ne pourrait soutenir une telle doctrine que par un argument de texte, fondé sur ce que cet article n'accorde qu'aux nationaux le privilège dont il est question. Mais cet argument est peu concluant en présence de l'article 13 qui confère à l'étranger la jouissance de tous les droits civils. Cet arrêt n'a d'ailleurs pas fait jurisprudence, et les tribunaux belges ont consacré la même doctrine que les tribunaux français (726).

286. — L'étranger légalement autorisé à domicile, admis à se prévaloir du bénéfice de la juridiction française, se trouve

(722) Bonfils, n° 186, p. 156.— Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 155. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 bis, p. 145, n° 39. — Demolombe, t. Ier, n° 266, p. 487. — Sapey, *Les étrangers en France*, p. 216. — Massé, t. Ier, n° 661, p. 617. — Dal., *Répert.*, V° *Droit civil*, n° 394.

(723) Duranton, t. Ier, n° 154, p. 104. — Legat, *Code des étrangers*, p. 301. — Bonfils, n° 68. — Foelix, t. Ier, n° 178. — Aubry et Rau, t. Ier, § 79, n. 12, et *loc. cit.* — Trib. com. du Havre, 27 mai 1874; *J. dr. int.*, 1875, p. 187. — Trib. civ. Seine, 28 déc. 1875; *Le Droit*, 12 janv. 1876 — V. également les auteurs cités à la note précédente.

(724) Req. rej., 12 nov. 1872; S., 73, 1, 17, et la note. — V. n° 137.

(725) 26 mai 1820; Dal., *Répert.*, *loc. cit.* n. 1. — V. dans ce sens, Massé, t. Ier, n° 683.

(726) Haus, *Du droit privé qui régit les étrangers en Belgique*, n° 96, p. 254, et n° 160, p. 418. — V. notamment, un arrêt de la Cour de Bruxelles, rapporté dans la *Revue de droit international*, 1872, t. IV, p. 654. — V. aussi n° 136.

également soumis à cette même juridiction, et peut être cité en France par un étranger non domicilié (art. 13 et 15, C. civ.). Il peut, sans doute, conserver la condition qui lui est propre; mais, dès qu'il a demandé et obtenu l'autorisation de se fixer sur notre territoire, et qu'il a ainsi consenti à changer sa situation primitive contre celle que lui offrait la loi française, il se trouve régi activement et passivement par la disposition de l'article 13; il accepte avec les droits, les devoirs que lui impose la loi sous l'empire de laquelle il s'est volontairement placé (727).

Les règles que nous venons de poser brièvement au sujet des étrangers admis à domicile en France, ont été appliquées plusieurs fois en matière de séparation de corps, et la jurisprudence a reconnu à la femme le droit de porter devant les tribunaux français sa demande contre son mari autorisé à s'établir en France, sans que celui-ci puisse opposer un déclinatoire fondé sur l'incompétence du tribunal saisi (728).

287. — L'autorisation donnée à un étranger d'établir son domicile en France, pourrait d'ailleurs n'être que tacite, et résulter d'actes qui impliquent, d'une manière certaine, de la part du Gouvernement, l'intention de lui accorder ce bénéfice (729).

288. — L'étranger dont nous parlons peut-il être traduit devant les tribunaux français par un autre étranger, même dans le cas où l'obligation pour laquelle il est poursuivi, est antérieure au décret d'autorisation? D'autre part, lorsque c'est

(727) Metz, 17 janv. 1839; S., 39, 2, 474. — Rennes, 27 avril 1847; S., 47, 2, 444. — Alger, 16 nov. 1874; *J. dr. int.*, 1876, p. 268. — V. également les auteurs cités aux notes précédentes.

(728) Duranton, t. II, n° 582, p. 531. — Demangeat, sur Fœlix, t. I^{er}, n° 158, p. 331, n. a. — Civ. rej., 23 juil. 1855; S., 56, 1, 148. — Metz, 26 juil. 1865; S., 66, 2, 237. — Trib. civ. Marseille, 23 avril 1875; *J. dr. int.*, 1876, p. 185 et 186. — *Contrà*: Massol, *Séparation de corps*, p. 104, n° 7. — V. aussi n° 389.

(729) Paris, 11 oct. 1827; Dal., *Répert.*, V° *Droit civil*, n° 386, 1^o. — Alger, 21 mars 1860; S., 61, 2, 65. — 16 nov. 1874; *J. dr. int.*, 1876, p. 268. — Trib. Verviers, 13 avril 1875; *J. dr. int.*, 1876, p. 296.

le demandeur qui a été admis à domicile, peut-il citer un autre étranger devant les tribunaux français, bien que l'autorisation ne lui ait été accordée que postérieurement à la naissance de l'obligation qui donne lieu au procès ? Nous ne pouvons que renvoyer aux développements que nous avons donnés sur ces deux questions, en parlant des dispositions contenues dans les articles 14 et 15 du Code civil (730).

CHAPITRE III.

Étrangers non autorisés à établir leur domicile en France.

Principe. — Discussion générale.

289. — Nous venons de voir que les tribunaux français sont compétents, toutes les fois qu'il s'agit d'étrangers autorisés à établir leur domicile en France, ou appartenant à un Etat avec lequel il a été passé une convention diplomatique, qui leur reconnaît la faculté de faire valoir leurs droits devant la justice française. Mais sont-ils encore compétents lorsqu'on ne se trouve dans aucune de ces deux hypothèses, soit que l'étranger ait en France sa résidence ou même son domicile, soit qu'il ait conservé l'une et l'autre dans son pays d'origine ?

Il ne répugnait pas à Bacquet d'écrire, dans son traité du droit d'aubaine (731), qu'au cœur de l'étranger il y a toujours soupçon de quelque poison caché, pour ne pas dire de trahison. « Aussi, ajoutait-il, on tient pour règle générale que la gent étrangère détruit et mine le royaume et la terre où elle vient habiter et demeurer. » Il semble, dès lors, que les étrangers

(730) Nous avons vu que ces deux questions devaient recevoir des solutions différentes. V. nos 31 et 138.

(731) I^{re} part., chap. II, nos 18 et 19.

n'auraient pas dû être admis à s'actionner réciproquement devant les tribunaux français (732). Cette exclusion était cependant loin d'être absolue, comme nous allons le voir.

« Le principe, dit Merlin, s'exprime en quatre mots : *Actor sequitur forum rei*, et le résultat universellement reconnu est que, toute convention et tout traité politique à part, la juridiction sur les contrats n'appartient qu'au juge domiciliaire des parties contre lesquelles on en poursuit l'exécution » (733). Cet auteur rapporte cependant, comme paraissant consacrer une autre règle, un arrêt du Parlement de Bordeaux du mois de septembre 1775, jugeant qu'un étranger avait pu être poursuivi devant les tribunaux du royaume par un autre étranger, bien qu'il fût domicilié à l'étranger. Toutefois, cet arrêt n'est pas aussi contraire à la règle ci-dessus posée qu'on pourrait le croire au premier abord. Il s'agissait, en effet, d'un Irlandais qui avait fait faillite à l'étranger, et qui s'était réfugié en France pour y trouver un asile contre les poursuites rigoureuses de quelques-uns de ses créanciers. Dans ces circonstances, le Parlement de Bordeaux a jugé qu'il importait à toutes les nations de fermer la porte à la fraude des négociants, qui ne s'expatriaient le plus souvent que pour aller jouir en paix, sous une autre domination, de la fortune qu'ils avaient élevée sur les débris de celle de leurs concitoyens (734).

Quoi qu'il en soit, cet arrêt ne fit pas jurisprudence. Déjà le Parlement de Paris avait consacré l'application de la règle : *Actor sequitur*..... par un arrêt du 7 août 1732 (735), et c'est dans le même sens que se prononça le Parlement de Douai, par

(732) Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, t. VIII, V^o *Étranger*, § 3, p. 82. — Boullenois, *Traité des statuts*, t. I^{er}, p. 607 et suiv.

(733) *Répert.*, V^o *Etranger*, § 2.

(734) Merlin, *Répert.*, *loc. cit.*, et *Questions de droit*, V^o *Etranger*, § 2, n^o 1.

(735) Merlin, *Répert.*, *loc. cit.*

deux arrêts des 15 juillet 1782 et 24 décembre 1785 (736). Il est à remarquer que Merlin, qui plaidait dans ces deux dernières affaires, ne se fonde pas, comme notre jurisprudence actuelle, sur le principe que la justice n'est pas due aux étrangers ; il invoque la règle qui veut que le défendeur soit cité devant le juge de son domicile. « Les étrangers domiciliés en France, disait-il, peuvent être poursuivis devant les juges de France pour toutes les actions qu'autorise le droit des gens, et, conséquemment, pour toutes les dettes qu'ils ont contractées, pour toutes les promesses qu'ils ont faites, sans distinguer si elles ont été faites ou contractées au profit d'un étranger ou d'un Français » (737).

Cette règle était applicable, quel que fût le lieu du contrat. La loi 19, *de judiciis*, § 1^{er} et 2, posait sans doute en principe que tout contrat est attributif de juridiction au juge du lieu où il a été passé ; mais, au témoignage de Merlin (738), les anciens auteurs s'accordaient à reconnaître que cette disposition du droit romain n'était plus en vigueur. « En France, disait Bacquet, en actions personnelles, le demandeur est tenu de suivre le domicile du défendeur et le poursuivre par-devant son juge naturel et domiciliaire, sans avoir égard au lieu auquel l'obligation a été passée » (739).

Pour obtenir justice et terminer les litiges qui les divisaient, les étrangers non domiciliés devaient aller plaider entre eux devant les consuls de leur nation en France, et, à défaut de consuls, devant les juges naturels de leur pays (740). L'appel des décisions du consul était porté devant le tribunal supérieur du pays dont la partie vaincue était le citoyen :

(736) *Eod.*, *Questions de droit*, V^o *Etranger*, § 2, nos 4 et 5.

(737) *Op. et loc. cit.*, n^o 4.

(738) *Répert.*, *loc. cit.*

(739) *Traité des droits de justice*, chap. VIII, n^o 6.

(740) Denisart, *Collect. de décis. nouvelles*, t. VIII, V^o *Etranger*, § 3.

Les étrangers pouvaient cependant plaider entre eux, lorsque l'action était relative à des biens immobiliers situés en France. D'autres exceptions étaient également apportées, même en matière personnelle. L'étranger pouvait demander la réparation du dommage causé en France par un fait punissable d'après la loi. « Quant aux accusations privées, elles peuvent être intentées par quiconque a été personnellement offensé, pourvu qu'il ait la capacité d'ester en jugement, ce qui comprend l'étranger et même l'infâme » (741). Bacquet décide sans doute que, « si un étranger a été homicidé en France, son parent étranger non naturalisé, demeurant en France, ne sera pas recevable à demander réparation civile, encore que justement il puisse poursuivre en justice celui qui a commis l'homicide » (742) ; mais il donne immédiatement le motif de cette décision, en ajoutant : « parce qu'il ne peut être héritier du défunt et ne le peut prétendre *ratione sanguinis* ».

Les tribunaux français étaient encore compétents, lorsqu'il ne s'agissait que de donner la force exécutoire en France aux jugements et actes émanés des autorités étrangères.

Les besoins du commerce avaient encore fait apporter une autre dérogation très-importante à l'incompétence des tribunaux français. A certaines époques de l'année, se tenaient de grandes foires auxquelles les marchands étrangers, venus de tous les pays, se donnaient rendez-vous pour traiter de leurs affaires. Dans ces conditions, l'étranger devait trouver un moyen facile et rapide de faire exécuter les contrats qu'il passait en France, même avec d'autres étrangers ; car lui refuser justice, c'eût été l'éloigner des foires françaises et en diminuer l'importance. Aussi, la jurisprudence fut-elle obligée de faire droit aux réclamations que lui soumettaient ces étrangers, et on

(741) Denisart, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 107. — Faustin-Hélie, *Instruction criminelle*, t. I^{er}, p. 658.

(742) *Droit d'aubaine*, 4^e part., chap. XXXI, n^o 8.

décidait qu'ils pouvaient plaider entre eux devant les juges français pour affaires de commerce faites dans ces foires.

L'ordonnance du 6 août 1349, sur les privilèges et la tenue des foires de Champagne et de Brie (art. 25), voulait que tous marchands fréquentant lesdites foires fussent justiciables du garde auquel elle attribuait la connaissance « des cas et contrats faits et advenus esdites foires » (743). L'édit de François I^{er}, du 1^{er} février 1535, attribuait également compétence au conservateur des foires à Lyon, pour les difficultés nées entre tous les marchands fréquentant lesdites foires, relatives aux « devoirs et marchandises ou autres faits de foire » (744). La déclaration du 28 avril 1565 portait encore : « Et quant à la marchandise vendue ou achetée, ou promise livrer, et paiement pour icelle destiné à faire en ladite ville (Paris) par les marchands en gros et détail avons iceux juges et consuls desdits marchands de nostre dite ville de Paris, déclaré et déclarons juges compétents . . . » (745).

Enfin, l'ordonnance du commerce, du mois de mars 1673, vint consacrer définitivement la compétence exceptionnelle en matière commerciale. « Dans les matières attribuées aux juges et consuls, le créancier pourra faire donner l'assignation à son choix, ou au lieu du domicile du débiteur, ou au lieu auquel la promesse a été faite et la marchandise fournie, ou au lieu auquel le paiement doit être fait » (746). Cette ordonnance ne parlait pas expressément des étrangers ; cependant, dans la pratique, on leur reconnaissait le droit d'en invoquer le bénéfice. C'était, en réalité, les besoins et l'intérêt du commerce, et, pour ainsi dire, la nécessité, qui faisait accorder à l'étranger le droit d'user du choix dont parle l'ordonnance, qui était d'ailleurs conçue dans

(743) *Recueil des anciennes lois françaises*, t. IV, p. 554.—V. également une déclaration du 21 avril 1464 ; *op. cit.*, t. X, p. 481.

(744) *Eod. op.*, t. XII, p. 496.

(745) *Eod. op.*, t. XIV, p. 181.

(746) Tit. XII, art. 1^{er} ; *eod. op.*, t. XIX, p. 107.

les termes les plus généraux. « S'il n'avait pas ce choix, dit Boullenois, souvent il ne serait pas à portée de se faire rendre si facilement justice et se faire payer, et le commerce en souffrirait » (747). Ce même motif, c'est-à-dire l'intérêt du commerce, devait faire, et fit, en effet, étendre à toutes les opérations de commerce faites en France, la faculté qui, à l'origine, ne s'appliquait qu'aux actes passés en foire (748).

Quant au commerce maritime, le législateur s'exprima d'une manière plus explicite que pour le commerce en général, dans l'ordonnance du mois d'août 1681 (tit. II, art. 1^{er}). « Les juges de l'Amirauté connaîtront, privativement à tous autres et entre toutes personnes, de quelque qualité qu'elles soient, même privilégiées, Français et étrangers, tant en demandant qu'en défendant, de tout ce qui concerne la construction, les agrès et apparaux, armement, avitaillement et équipement, vente et adjudication des vaisseaux » (749).

Nous avons dit que nos tribunaux étaient, en principe, incompetents pour connaître d'une action intentée contre un étranger non domicilié en France; toutefois, on apportait un tempérament à cette règle, et l'on décidait que le juge pouvait statuer sur une contestation entre deux étrangers, lorsque les parties consentaient à s'en rapporter à sa décision (750). « Mais quand on dit que le lieu du contrat et le lieu du paiement sont incompetents parmi nous, ce n'est, dit Boullenois, que lorsque l'une des parties demande son renvoi et n'est pas revendiquée, ou qu'elle ne comparaît pas, et cela ne saurait avoir lieu quand les deux parties consentent à plaider dans l'un ou l'autre de ces deux endroits » (751). Il paraît même que la partie qui n'acceptait

(747) *Traité des statuts réels et personnels*, t. I^{er}, p. 608.

(748) Merlin, *Répert.*, V^o *Etranger*, § 2.

(749) *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XIX, p. 285.

(750) Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, t. VIII, V^o *Etranger*, § 3.

(751) *Traité des statuts*, t. I^{er}, p. 608.

pas cette juridiction, devait la refuser dès le moment de la demande formée contre elle, c'est-à-dire au début de l'instance (752).

290. — Voyons maintenant si nous pourrions trouver dans les travaux préparatoires une manifestation claire et certaine de l'intention du législateur, suffisante pour devenir la base et le fondement d'une théorie quelconque sur la compétence des tribunaux français dans les procès entre étrangers.

Nous trouvons quelques renseignements à cet égard, dans la discussion qui eut lieu au Conseil d'État, dans la séance du 6 thermidor an IX, sur l'article 8 du projet, correspondant à l'article 14 actuel. Le consul Cambacérès dit qu'il est nécessaire d'ajouter à cet article une disposition pour les étrangers qui, ayant procès entre eux, consentent à plaider devant un tribunal français. Une discussion s'engage sur la caution *judicatum solvi*; puis M. de Fermon rappelle la seconde exception, proposée par le consul Cambacérès, pour les étrangers qui, ayant procès l'un contre l'autre, consentent à plaider devant un tribunal français. Il considère ce consentement comme établissant un arbitrage qui doit avoir son effet. Il demande si un étranger peut traduire devant un tribunal français, un autre étranger qui a contracté envers lui une dette payable en France. M. Tronchet répond que le principe général est que le demandeur doit porter son action devant le juge du défendeur, que, cependant, dans l'hypothèse proposée, le tribunal aurait le droit de juger, si sa juridiction n'était pas déclinée. M. de Fermon fait observer que ce serait éloigner les étrangers des foires françaises, que de leur refuser le secours des tribunaux pour exercer leurs droits sur les marchandises des étrangers avec lesquels ils ont traité. M. Réal répond

(752) Denisart, *op. cit.*, t. VIII, V^o *Etranger*, § 3. — M. Féraud-Giraud reconnaît toutefois que la jurisprudence n'était pas unanime sur ce point, et qu'on peut citer un grand nombre de décisions contraires. *J. dr. int.*, 1880, p. 229, note *in fine*.

que, dans ce cas, les tribunaux de commerce prononcent. M. Tronchet ajoute que la nature des obligations contractées en foire ote à l'étranger défendeur le droit de décliner la juridiction des tribunaux français. Cette discussion fut terminée par cette observation de M. Tronchet, que l'article est tout positif et qu'on ne peut en tirer une conséquence négative ; qu'il ne statue que sur la manière de décider les contestations entre un Français et un étranger, et ne s'occupe pas des procès entre étrangers (753).

291.—Tels sont les seuls renseignements que nous fournissent les travaux préparatoires. Aucun texte du Code civil ou du Code de procédure n'établit, d'une manière directe, des règles pour déterminer la compétence des tribunaux français dans les contestations entre étrangers. Aussi, ne faut-il pas s'étonner que les auteurs soient divisés sur la solution à donner à cet important problème juridique, et que la jurisprudence elle-même, tout en posant une règle générale, ait cru pouvoir y apporter de nombreuses dérogations, dans le but de donner satisfaction à l'équité et aux exigences de la pratique.

Dans toute étude, il est important de poser un principe qui serve de guide, et auquel on puisse rattacher les solutions données dans les différentes espèces à examiner. Cette condition nous paraît surtout essentielle dans ce travail, par suite de l'absence de toute disposition législative sur la compétence du juge français dans les procès entre étrangers. Les tribunaux français sont, en principe, incompétents pour statuer sur les contestations entre étrangers : telle est la règle générale admise par la jurisprudence. Nous disons, au contraire : les tribunaux français sont, en général, compétents pour juger toutes les contestations, quelle que soit la nationalité des parties en cause. Tel est notre principe. Nous allons chercher à l'établir, et l'on verra par les applications que nous en ferons ensuite, qu'il conduit logiquement à des conséquences qui n'ont rien d'exagéré, et sont de tous points conformes aux intérêts des étrangers.

(753) Locré, t. II, p. 43 et 44.

292.— Après avoir relaté le passage des travaux préparatoires dont nous avons parlé, Merlin ajoute qu'il en résulte trois choses: la première, que les étrangers peuvent, pour les dettes ordinaires qu'ils se sont obligés de payer en France à d'autres étrangers, reconnaître volontairement la juridiction des tribunaux français, qui prennent alors à leur égard le caractère d'arbitres; la deuxième, que l'un des deux étrangers qui ont contracté ensemble, soit en France, soit au dehors, venant à décliner la juridiction des tribunaux français, les principes veulent qu'on le renvoie à son juge domiciliaire; la troisième, que cette règle admet une exception, relativement aux marchés faits en foire (754).

Nous ne voulons pas rechercher ici si l'on doit, en effet, admettre chacune de ces conclusions, car nous voulons seulement poser et établir le principe fondamental. Nous ferons remarquer, cependant, qu'on ne saurait ériger en autant de propositions de loi les trois règles ci-dessus énoncées, sans exagérer outre mesure l'argument que l'on peut, en général, puiser dans les travaux préparatoires du Code. De quoi s'agit-il, en effet? De l'interprétation à donner à une loi existante, en se fondant sur la discussion qui en a précédé l'adoption? Non. S'agit-il, au moins, d'une discussion ayant pour objet direct un texte qui devait être inséré au Code, et qui ne l'a pas été pour une cause ou pour l'autre? Non encore. Ce n'est qu'incidemment et à propos de l'article 14, que l'on fit observer qu'il y avait lieu d'ajouter une disposition pour les étrangers qui plaident entre eux en France. Une question est posée, quelques observations sont faites sur la solution qu'il faudrait y apporter, et M. Tronchet déclare que l'article 14 ne s'occupe pas des procès entre étrangers, et qu'il ne préjuge en rien la question de compétence à leur égard.

Ce qui résulte toutefois de cette dernière observation, c'est qu'aucune loi n'établit la règle : que les tribunaux ne peuvent

(754) *Répert.*, V^o *Etranger*, § 2.

connaître des contestations qui s'élèvent entre étrangers ; c'est que l'on ne peut pas induire cette règle de l'article 14, d'abord parce qu'il a été reconnu qu'il ne préjugerait en rien la question de compétence entre étrangers, ensuite parce que, dût-on l'invoquer, on serait fondé à dire que, sauf l'exception de cet article, justifiée par la faveur accordée au Français, la règle du droit commun sur la compétence doit reprendre son empire, quelle que soit la nationalité des parties en cause.

Il n'y a donc pas de loi qui défende aux étrangers des'adresser aux tribunaux français, et l'on n'a pas voulu en établir. Faut-il en conclure qu'ils jouissent de ce droit, et quelles règles de compétence faudra-t-il leur appliquer ?

Il n'y a aucun texte qui établisse des règles spéciales pour les procès entre étrangers, et, d'autre part, les rédacteurs de l'article 14 n'ont pas mis en doute le droit de l'étranger, en principe, de porter sa demande contre un autre étranger devant les tribunaux français. « Le principe général, disait Tronchet, est que le demandeur doit porter son action devant le juge du défendeur; mais le tribunal aura le droit de juger, si sa juridiction n'est pas déclinée. » Voilà bien l'application du droit commun. Si donc on voulait s'attacher uniquement aux travaux préparatoires, il faudrait en conclure que l'étranger peut, en principe, demander justice aux tribunaux français; que les auteurs du Code n'ayant pas établi de règles spéciales pour les étrangers plaidant entre eux, les règles du droit commun, c'est-à-dire de l'article 59, C. pr., leur sont applicables, aussi bien qu'aux Français eux-mêmes. Mais, nous le répétons, nous ne voudrions pas faire des paroles de M. Tronchet des textes de loi obligatoires pour les tribunaux. Aussi, tout ce que nous voulons retenir des travaux préparatoires, c'est que l'on n'a jamais entendu, ni directement ni implicitement, refuser aux étrangers le bénéfice de la juridiction française. Dans ces conditions, et abstraction faite des opinions énoncées au Conseil d'Etat, faut-il conclure à la compétence ou à l'incompétence de nos tribunaux pour statuer sur les procès entre étrangers ?

La jurisprudence française a consacré le principe de l'incompétence, en se fondant sur plusieurs arguments dont nous allons reproduire les principaux. Tout en cherchant à les réfuter, nous nous efforcerons de faire ressortir les motifs les plus graves qui nous ont porté à adopter un principe tout à fait contraire.

293. — La justice n'est due qu'aux nationaux : tel est le premier argument de la jurisprudence, qui suffirait à lui seul, s'il était justifié, pour que nos tribunaux puissent ou même doivent refuser, dans tous les cas, de connaître des contestations portées devant eux par deux étrangers.

« Considérant, dit la Cour de Colmar, que, si le droit de rendre la justice est un des apanages de la souveraineté, celui de la réclamer et de l'obtenir est un avantage que le sujet est fondé à exiger de son souverain ; que, sous ce double rapport, chaque monarque ne doit la justice qu'à ses sujets et doit la refuser aux étrangers, à moins qu'il n'ait un intérêt bien reconnu à faire juger le procès dans ses Etats, ou que, dans les traités, il n'y ait des stipulations dérogatoires à ces maximes de droit public » (755). « Les tribunaux français, dit le tribunal civil de la Seine, sont institués pour rendre justice à leurs nationaux, et, en principe, ils ne doivent statuer sur les contestations qui s'élèvent entre étrangers, que dans les cas déterminés par la loi..... » (756).

La Cour de Colmar réclame un intérêt bien reconnu pour que les étrangers puissent obtenir justice en France. Etrange théorie, à la vérité, que celle qui fait dépendre la justice *d'un intérêt* ! Mais enfin, cet intérêt n'existe-t-il pas dans tous les cas ? Sans

(755) C. n., 5, 2, 87.

(756) 5 mai 1880 ; *J. dr. int.*, 1880, p. 299. — V. encore, req. rej., 2 avril 1833 ; Dal., *Répert.*, V^o *Droit civil*, n^o 314. — Lyon, 25 fév. 1857 ; S., 57, 2, 625. — Paris, 15 juin 1861 ; S., 61, 2, 455. — Alger, 4 mars 1874 ; S., 74, 2, 103. — Chambéry, 11 fév. 1880 ; *Le Droit*, 16 janv. 1881.

prétendre que l'accès de nos tribunaux doit être ouvert aux étrangers, parce qu'ils se constitueraient leurs propres juges et demanderaient à la vengeance privée le secours que leur refuseraient les tribunaux (757), n'est-il pas vrai que la France est toujours intéressée à faire régner la justice dans toute l'étendue de son territoire, et à faire respecter les droits de tous ceux qui l'habitent, sans distinction de nationalité? Sous un autre rapport, et en se plaçant à un point de vue moins élevé, n'est-il pas vrai encore que le principe admis par la jurisprudence est de nature à compromettre les intérêts des nationaux, en provoquant des mesures de rétorsion de la part des Etats étrangers?

Où trouve-t-on d'ailleurs ce singulier principe, que l'Etat ne doit la justice aux étrangers qu'autant qu'il y a intérêt? Où sont donc écrites ces maximes de droit public dont parle la Cour de Colmar, et d'après lesquelles le droit de réclamer et d'obtenir justice est *un avantage* accordé à certaines personnes et refusé à d'autres? Nous les cherchons partout et nous ne les trouvons nulle part.

Voudrait-on les puiser dans la tradition de notre ancien droit? Mais nous avons vu que nos Parlements ne proclamaient pas de telles maximes comme fondement de leurs décisions. Quand Merlin plaidait leur incompétence, l'entendait-on jamais s'écrier que la justice est réservée aux nationaux, que les étrangers en sont exclus, que sans intérêt pas de justice! Il tenait un tout autre langage et se bornait à réclamer l'application de la règle qui veut que le demandeur porte son action devant le tribunal du défendeur. Ce serait donc rétrograder de plusieurs siècles, que de poser aujourd'hui, comme un axiome, une règle aussi peu humaine que contraire à l'idée même de la justice.

Voudrait-on puiser ces prétendues maximes dans les travaux préparatoires? Nous avons vu, au contraire, qu'on n'y avait pas mis en doute le droit de l'étranger de s'adresser aux tribunaux

français, sans établir à son égard aucune règle spéciale de compétence.

Peut-on enfin les faire résulter de quelque texte de loi, sinon d'une manière expresse, au moins d'une manière implicite ? Non encore. On ne saurait, en effet, se fonder sur les articles 14 et 15 du Code civil, pour prétendre qu'une disposition qui attribue compétence aux tribunaux français dans certains procès qui intéressent des étrangers, par cela même qu'elle est limitée à un cas déterminé, est, dans son principe, exclusive de tout autre cas. En écrivant l'article 14, les rédacteurs du Code n'ont pas entendu créer la compétence des tribunaux français dans une hypothèse particulière, et l'exclure implicitement dans toutes les autres. Cet article, en statuant sur la manière de décider les contestations entre un Français demandeur et un étranger défendeur, se borne à étendre la compétence hors des limites dans lesquelles elle existait déjà, et à prévoir un cas tout particulier, dans lequel, en l'absence de cette disposition, les tribunaux français auraient dû être incompetents, en vertu du principe : *Actor sequitur forum rei*. Mais cet article, nécessaire pour attribuer juridiction aux juges français dans le cas dont il s'occupe, n'implique pas une exclusion de juridiction sur les étrangers dans les autres cas qu'il ne prévoit pas. — Quant à l'article 15, il ne fait que soumettre le Français à son juge naturel, et a été rédigé dans le but d'établir au profit de l'étranger une réciprocité qui, au fond, est beaucoup plus apparente que réelle. Mais on ne saurait, nous le répétons, en conclure que le législateur a entendu, dans tous les autres cas, exclure les étrangers du bénéfice de la justice française. Cette affirmation trouve, comme nous l'avons déjà dit, son complément dans la déclaration faite sans contradiction aucune par le conseiller d'Etat Tronchet, que cet article est tout positif, qu'on ne peut en tirer aucune conséquence négative, et qu'il ne s'occupe pas des procès entre étrangers.

On ne saurait donc trouver, ni dans la tradition de l'ancien droit, ni dans les travaux préparatoires, ni dans aucun texte de

nos lois actuelles, le fondement de cette fameuse maxime, tant de fois répétée par la jurisprudence, que la justice n'est due qu'aux nationaux.

Et peut-on, en effet, admettre une telle maxime? La justice ne serait qu'une faveur accordée à quelques-uns et refusée à d'autres! Le droit de la réclamer serait subordonné à un simple intérêt! Est-ce donc là l'idée que l'on doit se faire de la justice? Non, la justice n'est ni un avantage, ni un intérêt; c'est, avant tout, un devoir que la société est tenue de remplir. « Son règne, dit fort justement M. Bonfils, est une obligation morale pour chaque homme et pour chaque nation. La justice est la dette commune des nations et de leurs Gouvernements. L'obligation où ils sont de la rendre est sacrée; elle est de droit naturel » (758). « La justice, dit encore M. Laurent, est universelle de sa nature, comme l'idée divine dont elle émane; elle est due à l'homme et non au citoyen » (759). C'est, sans doute, un apanage de la souveraineté, mais c'est aussi la première dette de cette souveraineté, comme le disait Portalis, en exposant les motifs de l'article 4 du Code civil (760). La justice est due à l'étranger, parce qu'elle est la justice, parce que chaque nation doit, dans l'étendue de son territoire, faire régner le bien, la vérité et la vertu sous toutes leurs formes.

Telle est l'idée que l'on doit se faire et que se sont faite, en effet, de la justice, les auteurs qui ont écrit sur le droit des gens. Ils ont reconnu qu'il appartient au Gouvernement d'une nation de la rendre dans tous les lieux de son obéissance, et de prendre connaissance de tous les différends qui s'élèvent dans le pays. Ils ont reconnu que les étrangers ont droit à la protection des lois du pays pour leur personne, leur famille et leurs biens, et que tout Etat est strictement obligé d'administrer

(758) N° 193, p. 164.

(759) *Principes de droit civil*, t. I^{er}, n° 440, p. 549.

(760) *Locré*, t. I^{er}, p. 582.

aux étrangers une justice aussi prompte et aussi impartiale qu'aux naturels du pays (761).

Ces principes du droit des gens ont été consacrés, comme nous le verrons, dans les États étrangers, et nous nous plaçons à espérer que la jurisprudence cessera de faire exception, dans un pays qui, donnant l'exemple aux autres nations, abolit le premier le droit d'aubaine au nom de la fraternité universelle.

294. — Mais le temps employé par nos juges pour connaître des procès entre étrangers, ne sera-t-il pas perdu pour les justiciables français? L'expédition des affaires qui les concernent ne va-t-elle pas en souffrir et subir des retards fort préjudiciables? (762)

En face d'une telle objection, M. Féraud-Giraud lui-même, que nous comptons cependant parmi nos adversaires, ne peut s'empêcher de s'écrier : « Dans tous les cas, j'espère bien que ce ne serait pas la raison déterminante » (763). Nous l'espérons bien également, car nous avons peine à croire qu'il y ait jamais en France un tel encombrement de procès entre étrangers, que l'intérêt des nationaux doive être sacrifié ou notablement compromis. Cette raison, d'ailleurs, à supposer qu'elle doive être prise en considération, serait sans aucun fondement pour certaines juridictions, car les étrangers ne sont pas répandus également sur toute la surface du territoire français, et il peut se faire qu'il ne s'en trouve qu'un nombre insignifiant dans le ressort de tel ou tel tribunal. Et comment donc alléguer encore ce motif, en ce qui concerne, en particulier, des tribunaux que

(761) Bluntschli, *Droit international codifié*, traduit de l'allemand par M. Lardy, n° 386, p. 227. — De Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, t. I^{er}, §§ 92 et 93, p. 253 et 254. — Vattel, *Le droit des gens*, t. II, § 84, p. 61, et § 103, p. 83. — Pradier-Fodéré, sur Vattel, t. II, p. 83, n. 1. — Whéaton, *Eléments de droit international*, t. I^{er}, p. 144, § 19, alinéa 3.

(762) Paris, 15 juin 1861 ; S., 61, 2, 455.

(763) *J. dr. int.*, 1880, p. 144.

l'on proposait naguère de supprimer, à cause du petit nombre d'affaires qu'ils ont à juger tous les ans (763 bis) !

Mais, en admettant même que ce soit du temps perdu pour les nationaux, il faut bien qu'il y ait des raisons supérieures pour proclamer le principe que nous défendons, puisque les législations étrangères n'ont pas craint de le sanctionner. Le devoir de la justice n'est-il pas, en effet, le même envers chaque individu, quelle que soit sa nationalité ? N'avons-nous pas dit que c'est une dette sociale dont tous sont créanciers en vertu d'un titre supérieur ? Est-il donc vrai d'ailleurs que ce soit du temps perdu que celui qui est employé à faire respecter et régner la justice en France ? L'État n'est-il pas intéressé à répandre un tel bienfait sur tous ceux qui le réclament, et les nationaux eux-mêmes n'éprouveront-ils pas, en définitive, le contre-coup bienfaisant de cette concession libérale, en obtenant le droit de se faire rendre justice devant les tribunaux étrangers ? Ne redoutons donc pas de faire perdre à nos magistrats un temps précieux au préjudice des Français, en les forçant à statuer sur les contestations qui s'élèvent entre des étrangers. C'est là une objection empreinte d'une exagération évidente, et fût-elle justifiée dans une certaine mesure, elle serait encore impuissante à faire échec à notre principe.

Remarquons, du reste, que nous n'entendons pas contraindre nos tribunaux à connaître indistinctement de tous les procès entre étrangers, et, par les développements qui suivront, on verra que, dans un certain nombre de cas, il sera loisible au juge de retenir l'affaire, ou de renvoyer les parties à se pourvoir devant une autre juridiction.

295. — Mais les contestations entre étrangers ne donneront-elles pas lieu à l'application des lois étrangères ? N'est-ce pas aux tribunaux d'un pays, et à ces tribunaux seuls qu'il appartient d'interpréter et d'appliquer les lois en vigueur dans ce pays ?

(763 bis) V. le rapport de M. Béranger au nom de la Commission du Sénat.
Le Droit, 10 mars 1881 et suiv.

Nous rencontrons, en effet, à chaque pas, cette proposition énoncée sous une forme ou sous une autre dans les arrêts de la jurisprudence, qui veut voir une corrélation intime entre l'idée de la juridiction et celle de la loi d'après laquelle le procès doit être jugé. On y lit « qu'il y a de justes motifs pour un tribunal français de déclarer son incompétence, alors qu'il s'agit d'un fait pouvant donner lieu à l'application de la loi étrangère » (764) ; « que les tribunaux français peuvent se refuser à juger les contestations entre étrangers, lorsqu'ils auraient, hors le cas d'une nécessité précise, à faire application de la loi étrangère » (765). Et voilà bien pourquoi nos juges se montrent particulièrement peu disposés à connaître des questions d'état relatives aux étrangers : parce qu'il convient à la justice française de se déclarer incompétente, parce que l'exercice de cette faculté s'impose à elle, lorsque la contestation porte sur le droit des personnes, tel que peut le déterminer le statut personnel étranger (766). Des arrêts considèrent formellement la désignation du juge compétent comme une conséquence de la désignation de la loi à appliquer. « Tout ce qui tient aux tutelles, dit la Cour de Bastia, dépend du statut personnel, lequel suit en tous lieux la personne, et continue de la régir même en pays étranger, et, par une conséquence naturelle, toutes les questions qui se rattachent à ce statut, ne peuvent être soumises qu'aux tribunaux du pays où il est en vigueur » (767).

« L'étranger, dit M. Demolombe, demeure soumis en France aux lois étrangères, pour ce qui concerne son état et sa capacité ; or, il me semble que la conséquence de ce principe doit être que

(764) Paris, 19 mars 1875 ; *J. dr. int.*, 1876, p. 181.

(765) Lyon, 25 juil. 1857 ; *S.*, 57, 2, 625.

(766) Paris, 7 mai 1875 ; *J. dr. int.*, 1876, p. 270, n° 10. — Trib. civ. Seine, 5 mai 1880 ; *op. cit.*, 1880, p. 299.

(767) 8 déc. 1863 ; *Dal.*, 64, 2, 1. — Alger, 4 mars 1874 ; *S.*, 74, 2, 103. — Trib. civ. Seine, 12 août 1881 ; *Le Droit*, 26 août.

les questions qui concernent son état et sa capacité, ne puissent être aussi jugées que par les tribunaux étrangers » (768).

Il nous semble qu'il y a là une confusion entre deux idées essentiellement distinctes, entre deux questions qui ne sauraient avoir l'une sur l'autre l'influence que l'on veut leur attribuer. Nous tenons à écarter cette confusion dès le début de cette partie de notre travail, car, de ces deux questions, une seule doit faire l'objet de notre étude. Quand deux parties se présentent devant un tribunal pour faire juger leur différend, il y a lieu d'abord de se demander si le tribunal saisi est bien celui qui doit connaître de l'affaire, en d'autres termes, s'il est compétent. Lorsque sa compétence sera établie, il devra alors statuer sur le fond du débat, et, pour cela, il devra suivre les prescriptions des lois d'un pays ou d'un autre. Chacune de ces deux questions doit être résolue d'après les règles qui lui sont propres, et la solution donnée à l'une ne saurait entraîner, comme une conséquence nécessaire, une solution correspondante de l'autre. Autant il serait inexact de prétendre que c'est la loi française qui doit être appliquée, parce que c'est le juge français qui est appelé à connaître de la contestation, autant il serait inexact de soutenir que le juge français est incompetent, par cela seul qu'il faut appliquer une loi étrangère, à supposer d'ailleurs que sa juridiction soit préalablement établie, en vertu de l'une ou de l'autre des règles sur la compétence. Nous aurons l'occasion de montrer, en parlant de la législation italienne, que plusieurs arrêts des Cours d'Italie distinguent très-nettement la question de compétence et celle de la loi à appliquer (769).

Mais les juges vont donc être obligés de prendre connaissance des lois de tous les pays de l'univers ! Comment pourront-ils appliquer des lois qui leur sont probablement inconnues, et qui

(768) *Du mariage*, t. II, p. 538. — *De l'absence*, n° 14 bis (2), p. 14.

(769) V. notamment, Milan, 1^{er} juil. 1872; *J. dr. int.*, 1876, p. 213. — Lucques, 1^{er} sept. 1875; *op. cit.*, 1876, p. 215. — V. n° 436.

n'ont rien d'obligatoire en France (770) ! Si les tribunaux français étaient obligés de prononcer sur les contestations entre étrangers, ils seraient dans la nécessité de faire application des lois étrangères, et seraient exposés à de graves erreurs. La dignité de la justice pourrait même se trouver compromise par la contrariété des décisions qui pourraient intervenir sur la même demande en France et en pays étranger (771).

Il nous semble tout d'abord que des décisions contradictoires pourront intervenir en France et à l'étranger, dans des circonstances où la jurisprudence se déclare cependant compétente, de telle sorte que cet argument prouverait beaucoup trop s'il prouvait quelque chose, et si l'on voulait en faire le fondement de l'incompétence des tribunaux français dans les procès entre étrangers. C'est là d'ailleurs une considération qui ne saurait, à notre avis, exercer aucune influence sur la solution de la question qui nous occupe. Nous recherchons si les tribunaux français sont compétents, au point de vue de la législation française. Si la réponse est affirmative, elle ne saurait être modifiée, et la dignité de la justice ne saurait être regardée comme compromise, par cela seul qu'un jugement français, qui sera d'ailleurs respecté dans toute l'étendue des possessions françaises, cessera d'avoir toute sa force et son autorité sur un territoire étranger, en vertu du principe de la souveraineté et de l'indépendance des Etats. Nous ne croyons donc porter aucune atteinte à la dignité de la justice nationale, en attribuant compétence aux tribunaux français. Il ne nous reste plus qu'à examiner si cette dignité ne va pas, sous un autre rapport, se trouver compromise, par suite des erreurs auxquelles le juge sera exposé en faisant application des lois étrangères, et s'il est possible d'exiger que nos magistrats soient au courant de la législation de tous les autres pays.

(770) Paris, 15 juin, 1861 ; S., 61, 2, 455. — Batia, 8 déc. 1863 ; Dal., 64, 2, 1.

(771) Lyon, 25 fév. 1857 ; S., 57, 2, 625. — Trib. civ. Seine, 5 mai 1880 ; *J. dr. int.*, 1880, p. 299.

Si cette objection était fondée, elle ne suffirait pas à justifier l'incompétence des tribunaux français, comme principe général s'appliquant à tous les cas ; car il s'agira souvent d'actes passés en France, et souvent le juge français n'aura à appliquer que la loi française. Il faudrait donc ranger les contestations entre étrangers en deux catégories distinctes : l'une comprenant celles qui peuvent donner lieu à l'application des lois étrangères, et l'autre renfermant seulement celles qui n'exigent que la connaissance des lois françaises. Pour les premières, les tribunaux seraient incompétents ; ils devraient, au contraire, statuer sur les autres, et la juridiction ne serait ainsi qu'une conséquence de la loi à appliquer ; or, nous avons vu que ce serait là tomber dans une confusion entre deux idées tout à fait distinctes.

Mais enfin, supposons que la contestation donne lieu, en effet, à l'application de la loi étrangère. La question à résoudre sera-t-elle donc toujours tellement compliquée qu'elle exigera, pour sa solution, une connaissance approfondie et détaillée de la loi étrangère ? Ne sera-t-il pas, au contraire, quelquefois très-facile de trancher la difficulté : la loi nationale de l'étranger lui reconnaît-elle oui ou non tel droit à l'encontre d'un concitoyen ou d'un autre étranger ?

Eh bien, soit ! admettons encore que la question présente de très-sérieuses difficultés. Peut-on nous accuser pour cela d'exiger de nos juges la connaissance de toutes les législations de l'univers ? Vouloir leur imposer un aussi vaste labeur, serait assurément une prétention inadmissible : aussi bien n'est-ce pas la nôtre ; car nous sommes le premier à reconnaître que nos Codes leur offrent déjà un sujet d'étude assez compliqué, sans qu'il faille encore les surcharger d'un travail impossible. Ce sera à la partie qui invoquera la loi étrangère à en établir l'existence, et le demandeur ne manquera certainement pas de préciser nettement, et de présenter l'interprétation donnée aux textes des lois sur lesquelles il appuiera sa prétention. De sérieux

débats contradictoires s'engageront alors, et l'on peut espérer que les doutes qui se seraient élevés dans l'esprit des juges, auront beaucoup de chance d'être définitivement levés par la discussion à laquelle ils auront assisté. Le juge appréciera la loi étrangère dans la souveraineté de son indépendance, en se refusant à en faire l'application toutes les fois qu'elle sera contraire aux lois de police et de sûreté de la France, ou incompatible avec les règles de notre droit public (771 *bis*). Quelque sérieuse d'ailleurs que puisse être cette objection, elle ne constitue, en réalité, qu'une considération de fait, impuissante, selon nous, à fonder un principe juridique. La question de compétence et celle de la loi à appliquer sont complètement distinctes, et si un tribunal doit être appelé à se prononcer sur une contestation entre deux étrangers, en vertu des règles sur la compétence, la nécessité de consulter une loi étrangère ne saurait être une raison suffisante pour autoriser le juge à reculer devant l'accomplissement de sa charge.

Ne résulte-t-il pas, du reste, de plusieurs dispositions de nos lois, que les tribunaux français seront tenus de juger d'après les lois étrangères, des contestations entre Français et étrangers, et même des procès entre Français ? Le législateur a-t-il jamais songé à voir dans cette nécessité une cause d'incompétence ? Aux termes des articles 14 et 15, C. civ., nos tribunaux connaissent des contestations entre Français et étrangers, et la disposition de l'article 3, C. civ. semble bien établir d'une manière suffisante, que, dans la pensée des rédacteurs du Code civil, il a été entendu que l'état et la capacité de l'étranger en France seraient déterminés par la loi étrangère, comme l'état et la capacité du Français sont déterminés par la loi française sur le territoire d'une autre nation (772). La Cour de Paris n'a-t-elle

(771 *bis*) V. notamment, civ. rej., 4 avril 1881; *Le Droit*, 4 et 5 avril.

(772) Aubry et Rau, t. 1^{er}, § 31, p. 90, n. 23, et les auteurs et arrêts cités.

pas eu à appliquer la loi espagnole pour déterminer les effets du mariage d'un Espagnol, au point de vue de la légitimation d'un enfant naturel (773)?

L'intérêt commun des nations n'exige-t-il pas encore que les sujets d'un pays puissent faire des actes à l'étranger, sans être tenus de remplir les formalités requises par leur loi nationale? Cette règle que l'on formule en ces termes : *Locus regit actum*, avait été formellement consacrée par l'article 5 du projet primitif du titre préliminaire, qui était ainsi conçu : « La forme des actes est réglée par les lois du pays dans lequel ils sont faits ou passés » (774).

Cette disposition ne fut pas écrite dans le Code ; mais le principe n'en fut pas moins admis, et l'on se contenta d'en consigner quelques applications dans les articles 47, 170 et 999 du Code civil. Ici encore, nos tribunaux ne seront-ils pas obligés de se conformer aux lois d'un pays étranger? La cour d'Aix, par exemple, n'a-t-elle pas déclaré valable un mariage célébré à Constantinople, en faisant application des lois et usages de cette ville (775)? La Cour de Paris n'a-t-elle pas encore examiné la validité d'un acte de mariage, au point de vue des règles admises dans les pays soumis à la domination espagnole (776)? La Cour de Bordeaux n'a-t-elle pas également fait application de la législation de la Louisiane, pour déterminer les effets d'un testament fait dans ce pays par un Américain (777)?

(773) 30 janv. 1877, sur cassat.; S., 79, 1, 417. — V. également, Bastia, 7 mai 1859; S., 60, 2, 333. — Cour de la Martinique, 18 mai 1878; S., 78, 2, 238. — Alger, 28 juil. 1879; *J. dr. int.*, 1880, p. 395.

(774) Locré, t. Ier, p. 380, 400 n° 11, et 368.

(775) 20 mars 1862; S., 62, 2, 387.

(776) 30 janv. 1877, sur cassat., S., 79, 1, 417. — V. également, Bastia, 7 mai 1859; S., 60, 2, 333. — Lyon, 21 juin 1871; S., 72, 2, 201. — Paris, 24 avril 1874; S., 75, 2, 49. — 2 août 1876; S., 79, 2, 250. — Trib. civ. Avignon, 14 déc. 1880; *Le Droit*, 2 oct. 1881.

(777) 5 août 1872; S., 72, 2, 269.

La jurisprudence elle-même se reconnaît compétente pour statuer sur les contestations qui intéressent les étrangers autorisés à établir leur domicile en France, même en ce qui concerne les questions d'état. Dans ce cas encore, l'étranger, tant qu'il n'a pas été naturalisé, ne reste-t-il pas soumis aux lois personnelles de son pays ?

Le Gouvernement n'a-t-il pas la faculté, dont il a usé plusieurs fois, comme nous l'avons vu, d'accorder aux membres d'une nation étrangère le droit de saisir les tribunaux français de la connaissance de leurs litiges ? La compétence est donc obligatoire à l'égard des étrangers appartenant à ces nations, et le juge français aura encore à apprécier leurs lois personnelles.

Nos tribunaux ne sont-ils pas encore incontestablement compétents pour donner à un jugement étranger la force exécutoire en France (art. 2123, C. civ. et 546, C. pr.) ? Ne devront-ils pas se pénétrer de la connaissance des lois étrangères, puisque la jurisprudence admet que les jugements étrangers n'ont pas en France l'autorité de la chose jugée, et doivent être révisés au point de vue de l'intérêt privé des parties, avant d'être mis à exécution sur le territoire français ?

Nous devons dire cependant que ce motif, reproduit dans un grand nombre d'arrêtés, est un des principaux fondements du principe d'incompétence consacré par la jurisprudence. La Cour d'Alger, après avoir décidé que c'est à la juridiction étrangère à appliquer le statut personnel de l'étranger, va jusqu'à dire « qu'il s'agit du respect dû au principe de souveraineté, et des conflits et des dangers que pourrait faire naître son oubli » (778). Est-il besoin de dire que nous ne portons aucune atteinte à ce respect, en décidant que l'étranger en France sera régi par sa loi personnelle, et que cette loi lui sera appliquée par les tribunaux français ! Si une souveraineté quelconque se trouvait blessée, ne serait-ce pas plutôt celle de la France, alors que des juges fran-

(778) 4 mars 1874 ; S., 74, 2, 103.

çais font application de lois étrangères sur un territoire où règne la souveraineté française ?

296. — Les objections à notre doctrine que nous venons d'exposer, nous paraissent donc tout à fait insuffisantes pour faire admettre le principe de l'incompétence des tribunaux dans les contestations entre étrangers. Mais supposons un instant qu'elles soient fondées, et que ce principe doive, en effet, être admis. Voyons à quels résultats il devrait logiquement conduire.

Eh bien, soit ! la justice n'est due qu'aux Français ; les juges ne peuvent compromettre l'intérêt des nationaux, en employant leur temps à connaître des contestations entre étrangers ; ainsi le veut également la dignité de la justice française, qui pourrait être atteinte par la nécessité de faire application de lois étrangères. Voilà un étranger qui a quitté son pays depuis très longtemps ; il s'est établi chez nous avec sa famille, et la France est devenue le centre de ses intérêts et de ses affections. Il ne songe peut-être plus à retourner jamais dans sa patrie d'origine. Néanmoins, quand un créancier également étranger le poursuivra devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations qu'il a contractées à son profit, le tribunal français répondra à ce créancier qu'il ne peut donner satisfaction à sa demande, parce que la justice ne lui est pas due ! Mais alors à quel tribunal devra-t-il s'adresser ? car il faut bien que, dans un cas donné, un individu, à quelque nationalité qu'il appartienne, puisse trouver quelque part un juge qui fasse respecter ses droits méconnus. Il devra donc s'adresser à un juge étranger ; mais il se peut que le défendeur, comme le cas s'est présenté, n'appartienne pas à une nationalité bien déterminée ; et, en supposant qu'elle soit connue, devant lequel des tribunaux de ce pays faudra-t-il porter la demande ? Il se peut que le défendeur n'ait conservé aucune trace du domicile de ses ancêtres, et que lui-même n'ait aucun domicile connu hors de France ! Et, quand on aura déterminé le tribunal compétent, celui-ci consentira-t-il toujours à se prononcer sur une action intentée contre un individu qui n'a

aucun domicile dans le pays, et qui est peut-être même considéré comme ayant perdu sa nationalité d'origine, par suite de son établissement en France sans esprit de retour ? Voilà donc un créancier qui sera dans l'impossibilité de se faire rendre justice ; car, en vertu du principe de la jurisprudence, les tribunaux français ne peuvent être tenus de connaître d'un procès entre deux étrangers. En vain le demandeur ferait-il valoir cette considération que les tribunaux étrangers eux-mêmes refuseront de lui rendre justice ; on pourrait alors lui tenir un langage semblable à celui de la Cour de cassation, en 1849 (779), et lui dire : Il se peut que, pour une cause ou une autre, vous soyez dans l'impossibilité d'obtenir justice dans votre pays ; mais c'est là une question à régler entre vous et votre Gouvernement ; vous êtes étranger et cela suffit !

La jurisprudence a compris tout ce qu'il y aurait d'exorbitant dans un tel langage ; aussi, voyons-nous les tribunaux se reconnaître compétents pour juger, même entre étrangers, toutes les fois que le défendeur ne justifie pas de l'existence, hors de France, d'un domicile devant le tribunal duquel la demande puisse être portée. Mais pourquoi alors cette dérogation à son principe fondamental ? Qu'importe que l'intérêt des particuliers puisse être lésé ? Au-dessus de cet intérêt, n'y a-t-il pas l'intérêt public qui doit toujours prévaloir, et ne s'agit-il pas ici d'une question qui touche à la dignité même de la justice ? Le tribunal français se déclare-t-il compétent par application de l'article 59, § 1^{er}, C. pr., et en vertu de la règle : *Actor sequitur forum rei* ? Mais cette règle, telle qu'elle est écrite dans cet article, n'est-elle pas purement et simplement une règle de compétence spéciale, qui suppose reconnue la compétence générale, et n'a d'autre but que de déterminer, parmi les tribunaux français, celui qui doit connaître de l'affaire ?

La jurisprudence permet encore à l'étranger de citer un autre

(779) Req. rej., 16 mai 1849 ; S., 49, 1, 478.

étranger devant les tribunaux français, par application de l'article 59, § 2, quand la même demande est dirigée à la fois contre deux défendeurs dont l'un est français. Nos tribunaux se reconnaissent également le droit de statuer sur le litige que l'intervention d'un étranger peut faire naître entre lui et un autre étranger, toutes les fois que la décision de la contestation originaire est subordonnée à celle de ce litige ; ou bien encore sur la demande en garantie dirigée par un étranger contre un autre étranger, lorsque le garant a été ou est réputé avoir été partie au contrat principal. Pourquoi encore ces dérogations au principe d'incompétence ? Les autres dispositions de l'article 59 ne sont-elles pas, comme celle du § 1^{er}, des règles de compétence spéciale, en vertu desquelles il est impossible d'attribuer juridiction à nos tribunaux, à l'égard de personnes qui n'ont pas, en principe, droit à la justice française ?

La condamnation du système de la jurisprudence se trouve encore dans la jurisprudence elle-même, qui étend exceptionnellement la compétence des tribunaux français aux contestations commerciales élevées entre étrangers. Pourquoi encore cette dérogation ? L'article 420, C. pr. n'est-il pas, comme l'article 59, une règle de compétence spéciale ? — Le commerce est du droit des gens ! — Sans doute, mais comment une vente, par exemple, cessera-t-elle d'être du droit des gens pour rentrer dans le droit civil, par cela seul qu'elle n'aura plus un but commercial ? Cette raison est donc insuffisante, ou, si elle suffit, elle doit faire admettre la compétence dans bien d'autres hypothèses.

Et quelle autorité donnera aux jugements étrangers la force exécutoire sur le territoire français ? Ce droit ne saurait évidemment appartenir qu'à une juridiction émanant de la souveraineté française. Mais quels seront exactement les pouvoirs de cette juridiction ? Devra-t-elle seulement examiner si la décision est l'œuvre d'une juridiction compétente, si elle a été rendue, les parties dûment citées et légalement représentées ou défailtantes,

si les règles du droit public de la France ne s'opposent pas à ce que cette décision du tribunal étranger ait son exécution ? Dans le système de la jurisprudence, elle pourra et devra faire plus : elle aura encore à examiner le jugement au point de vue de l'intérêt privé des parties, c'est-à-dire qu'elle aura le droit de révision au fond. A quoi aboutira donc le refus de la part des tribunaux français de juger la cause ? A un circuit d'actions qui ramènera la même cause devant les mêmes juges. Après avoir obtenu la condamnation de son adversaire par les juges de sa nation, l'étranger reviendra devant le magistrat français qui a refusé de l'écouter une première fois, et qui ne pourra plus maintenant, sous peine de déni de justice, se déclarer incompétent pour prendre connaissance de la contestation, et donner au jugement étranger la force exécutoire (art. 2123, C. civ., et 546, C. pr.).

Cette doctrine et le résultat auquel elle conduit, ne sont-ils pas en contradiction avec le principe de la jurisprudence ? Les tribunaux français sont, sans doute, compétents pour rendre les jugements étrangers exécutoires en France, mais comment pourront-ils apprécier le jugement au point de vue de l'intérêt privé des parties ? Ne faudra-t-il pas qu'ils prennent connaissance des lois étrangères ? Ne doivent-ils pas réserver tout leur temps aux nationaux ? Comment donc, en l'absence d'un texte formel, la jurisprudence peut-elle apporter une dérogation aussi importante à son principe ? La Cour de Paris l'a bien compris, et a refusé de donner la force exécutoire à un jugement étranger, rendu entre deux étrangers (780). Assurément, nous n'approuvons pas cet arrêt, car il résulte des articles 2123, C. civ., et 546, C. pr., que c'est aux tribunaux français, et à ces tribunaux seuls qu'il appartient de donner à un jugement la force qu'il n'a pu recevoir hors de France ; mais la Cour n'avait-elle pas raison de se reconnaître incompétente pour statuer par voie

(780) 15 juin 1861; S., 61, 2, 455.

détournée sur une contestation dont elle n'aurait pu être saisie directement ? Là où elle reconnaissait les motifs qui forment le fondement du principe, elle en faisait application, et, si elle doit être blâmée en tant qu'elle refuse l'*exequatur* au jugement étranger, on ne saurait que rendre hommage à sa logique, en tant qu'elle refuse compétence aux tribunaux français pour reviser au fond le jugement étranger, c'est-à-dire pour rendre la justice aux étrangers et prendre connaissance des lois de leur pays.

297.— En dehors d'un texte formel, il ne devrait donc y avoir place pour aucune de ces dérogations au principe de la jurisprudence. Et, remarquons-le bien, il ne s'agit pas ici d'une simple incompétence *ratione personæ*, mais d'ordre public, qui peut être opposée même par le demandeur, qui peut l'être en tout état de cause, et que le juge lui-même doit prononcer d'office. Plusieurs arrêts ont, en effet, adopté cette solution, principalement dans les contestations qui touchent à l'état des personnes. Mais on peut dire, d'une manière générale, que la jurisprudence ne voit là qu'une incompétence relative, qui est susceptible d'être couverte par le consentement des parties.

Ce n'est pas sans appréhension que nous nous demandons s'il n'y a pas témérité de notre part à condamner une doctrine qui a pour elle l'autorité de la magistrature française, et des auteurs considérables qui ont marché sur ses traces. Quoi qu'il en soit, et sans porter aucune atteinte au respect qui est dû à de telles autorités, nous nous permettrons de dire à cette jurisprudence et à ces auteurs : Pourquoi proclamez-vous l'incompétence des tribunaux français dans les contestations entre étrangers ? Parce que la justice n'est due qu'aux nationaux et que les tribunaux n'ont pas été institués pour juger les étrangers ; parce que le temps des magistrats doit être employé au profit des Français. Pourquoi encore ? Parce que la dignité de la justice nationale serait compromise, par suite des erreurs auxquelles le juge serait exposé, s'il devait appliquer la loi étrangère, et par

suite de la contrariété des décisions qui pourraient intervenir sur la même question en France et à l'étranger. Eh bien ! nous le demandons, ne suffit-il pas d'énoncer ces motifs sur lesquels elle est fondée, pour établir qu'il y a là une incompétence d'ordre public ? Laissez un instant de côté les inconvénients et les dangers que peut entraîner la solution que vous adopterez, et dites-nous s'il n'y a ici en jeu que l'intérêt privé des plaideurs. C'est en vertu de leur loi d'institution que les tribunaux français ne sont pas compétents pour connaître des procès entre étrangers ; ceux-ci ne peuvent leur demander justice, parce que ce droit n'est pas un droit naturel, mais un avantage dont le Français peut seul se prévaloir. Et ce ne sont pas là des raisons qui touchent à l'ordre public ! Un simple particulier pourra, par sa volonté, attribuer juridiction à des tribunaux qui n'ont pas été institués pour lui rendre justice ! Est-ce que, par hasard, la juridiction, dans son principe, dépend du bon vouloir des parties ? Voilà un étranger qui ne jouit pas, aux termes de l'article 11, C. civ., du droit de saisir les tribunaux français de la connaissance d'un litige, et les tribunaux pourront se trouver valablement saisis, si le défendeur renonce à proposer le déclinaire d'incompétence ! N'y a-t-il pas là, comme l'a dit un magistrat, une incompétence qui tient au défaut absolu du principe même de juridiction (781) ? Entraver le cours de l'administration de la justice au profit des Français, porter atteinte à la dignité des juges nationaux, n'est-ce pas porter atteinte à l'ordre public lui-même ? Il n'est pas possible, selon les expressions de la Cour d'Alger, de trouver une incompétence qui, malgré son apparence de personnalité, touche plus, en réalité, à la matière (782).

Le système de la jurisprudence conduit donc à décider que

(781) M. l'avocat général Foucher, devant la Cour de Rennes ; S., 42, 2, 211.

(782) 4 mars 1874 ; S., 74, 2, 103.

l'incompétence des tribunaux français, dans les contestations entre étrangers, est absolue et d'ordre public; que le seul consentement des parties est impuissant à la faire disparaître, et que le juge doit toujours la prononcer d'office. Mais l'équité proteste contre une telle doctrine qui ne peut se concilier avec les exigences de la pratique. C'est précisément ce que les tribunaux français ont très-bien compris, et voilà pourquoi, reculant devant les conséquences qui devraient logiquement découler de leur principe, ils se sont déclarés compétents dans un grand nombre de circonstances. Ils ont préféré, comme l'a dit un auteur (783), faire un mauvais raisonnement, plutôt que de rendre de mauvais arrêts. Tantôt, en effet, la jurisprudence se reconnaît purement et simplement compétente pour statuer sur un procès entre deux étrangers; tantôt, tout en maintenant le principe d'incompétence, elle se reconnaît seulement la faculté de prendre connaissance de l'affaire, ou de renvoyer les parties à se pourvoir devant qui de droit.

298. — On a souvent essayé de résoudre la question qui nous occupe, en disant que, dans les procès entre étrangers, la compétence doit être déterminée d'après la règle : *Actor sequitur forum rei*. Nous sommes, en effet, le premier à attribuer compétence au tribunal français du domicile du défendeur, en vertu de l'article 59, § 1^{er}, C. pr., mais cette règle nous paraît tout à la fois inexacte et beaucoup trop absolue, en tant qu'on voudrait en faire le fondement d'une théorie sur la compétence à l'égard des étrangers : inexacte, car cet article, comme nous l'avons déjà fait remarquer, n'établit dans nos lois de procédure qu'une règle de compétence spéciale, qui suppose reconnue la compétence générale des tribunaux français, et ne peut, dès lors, être invoqué, lorsqu'il s'agit précisément d'établir le principe de la compétence : trop absolue, en tant que l'on voudrait y voir une

(783) Massé, t. 1^{er}, n° 658, p. 614.

règle de compétence, suffisante pour faire obstacle, dans tous les cas, à la juridiction de nos tribunaux, lorsque l'étranger défendeur a son domicile dans son pays.

299.— Résumant cette longue discussion en quelques mots, nous dirons : Aucune loi n'interdit aux étrangers de s'adresser aux tribunaux français pour obtenir justice. Ce droit semble bien, au contraire, leur avoir été reconnu, en principe, lors de la discussion sur l'article 14. En tous cas, le silence du Code, comme cela résulte de la déclaration de M. Tronchet, constitue plutôt une lacune que la manifestation de la volonté d'écarter les étrangers des tribunaux français. Dans de telles circonstances, nous croyons qu'il faut introduire une jurisprudence conforme à l'idée même que l'on doit se faire de la justice, en rapport avec les principes du droit des gens et les idées modernes consacrées par les législations positives des Etats étrangers. Ce qui nous encourage surtout à le décider ainsi, c'est qu'il s'agit de renoncer à un système étroit, qui, pour donner satisfaction aux nécessités de la pratique, exige des solutions contradictoires et illogiques.

Pour tous ces motifs, nous concluons : Les tribunaux français sont, en principe, compétents pour statuer sur les contestations entre étrangers, et, puisque aucune loi n'est venue établir des règles spéciales à leur égard, nous appliquerons aux étrangers, comme aux Français, les dispositions des articles 59 et 420 du Code de procédure civile. Nous n'avons donc pas la prétention de soutenir que nos tribunaux seront toujours obligés de prendre connaissance de tous les procès portés devant eux par des étrangers, peu importe qu'il s'agisse d'une question civile ou commerciale, et que les parties en cause aient en France un véritable domicile, ou seulement une simple résidence momentanée. Ce que nous prétendons seulement, c'est que la justice est due aux étrangers comme aux nationaux; c'est que les tribunaux français ne sont pas incompétents, par cela seul que les deux parties sont étrangères, si leur compétence résulte d'ailleurs de l'une

ou de l'autre des règles de procédure établies par la loi française (784).

300. — Le principe que la justice est une dette dérivant du droit des gens, qui doit être acquittée envers les étrangers comme envers les nationaux, a été adopté par un certain nombre de publicistes et de jurisconsultes (785). « La société, dit

(784) Nous avons à peu près terminé ce travail, quand nous avons eu connaissance d'une étude sur la compétence des tribunaux français entre étrangers, publiée dans *La France judiciaire* du 1^{er} avril 1881 (p. 241 à 264), par M. Glasson, professeur à la Faculté de droit de Paris. Il critique également les contradictions et les inconséquences de la jurisprudence et des auteurs qui ont adopté son principe, tel que M. Féraud-Giraud, conseiller à la Cour de cassation, qui a publié aussi une dissertation sur le même sujet, dans le *Journal de droit international* de 1880 (p. 137 à 173 et 225 à 244). Nous sommes heureux de pouvoir invoquer à l'appui de notre doctrine l'autorité du savant professeur. Si nos solutions ne sont pas, sur tous les points, exactement les mêmes, son principe est bien le nôtre : effacer toute distinction entre les Français et les étrangers, au point de vue de l'administration de la justice. Après avoir examiné la question d'une manière générale, soit au point de vue du droit des étrangers d'obtenir justice, soit au point de vue de l'obligation des tribunaux de la leur rendre, l'auteur conclut : « Il n'y a donc pas de loi qui défende aux tribunaux français de connaître des contestations entre étrangers, ni de lois qui établissent, en pareil cas, des règles spéciales de compétence ; mais il résulte nettement de la discussion au Conseil d'Etat que les étrangers ont le droit de s'adresser, même entre eux, à nos tribunaux. Dès lors, et dans le silence de la loi, pour déterminer le tribunal compétent, il faudra bien appliquer le droit commun, l'article 59 du Code de procédure. » — Cette étude a été également publiée dans le *Journal de droit international* de 1881, n° III-IV, p. 105 et suiv.

(785) Vattel, liv. II, chap. VII, § 84; chap. VIII, § 103. — Pradier-Fodéré, sur Vattel, *loc. cit.* — Calvo, *Droit international*, 2^e édit., t. 1^{er}, §§ 251 et s. p. 370. — Wheaton, *Eléments de dr. int.*, t. 1^{er}, p. 144, § 19, alin. 3. — De Martens, *Précis du dr. des gens*, §§ 92 et 93. — Bluntschli, traduit de l'allemand par de Lardy, n° 386, p. 227. — Jay, *Rev. pratique*, 1857, t. III, p. 197 et suiv. — Félix, t. 1^{er}, n° 146, p. 307, et n° 157, p. 329. — Massé, *Dr. com.*, t. 1^{er}, n° 657 et s. — Legat, *Code des étrang.*, p. 305. —

M. Laurent, ne doit-elle la justice qu'aux indigènes ? La justice est universelle de sa nature, comme l'idée divine dont elle émane ; elle est due à l'homme et non au citoyen. Il n'y a plus de société, lorsqu'il n'y a plus de justice ; donc, tout procès doit être vidé, sans qu'il y ait à s'enquérir si les parties sont françaises ou étrangères » (786).

Quant à la jurisprudence, nous ne voulons pas citer ici tous les arrêts qui consacrent le principe de l'incompétence dans les procès entre étrangers ; nous en avons déjà indiqué quelques-uns (*suprà*, notes 755 et 756), et nous aurons encore l'occasion d'en citer beaucoup d'autres à propos des différentes questions que nous nous proposons d'examiner dans le cours de cette étude. A côté de ces nombreux arrêts proclamant le principe que la justice n'est due qu'aux nationaux, l'esprit s'arrête avec bonheur sur un jugement du tribunal civil de Lyon, du 13 août 1856, des considérants duquel nous détachons ce qui suit :

« Attendu qu'on ne lit dans aucune loi que les tribunaux français ne sont institués que pour rendre la justice aux nationaux ; qu'un principe aussi exclusif répugne à l'état actuel de la civilisation ; que, quand on a vu la société romaine organiser dans son sein, dès une époque reculée, une juridiction à l'usage des étrangers, et constituer pour eux un droit privé, destiné à suppléer au droit civil et qui a fini par l'absorber, on ne pourrait pas comprendre que la société française de nos jours, bien plus libérale et plus généreuse, eût inscrit dans ses lois cette règle répulsive pour les étrangers : qu'il n'y a pas en France de justice pour eux ; — qu'en ouvrant ses frontières aux étrangers, en

Laurent, *Principes de dr. civil*, t. I^{er}, n° 440 ; *Dr. civ. int.* t. IV, n° 25, et *J. dr. int.*, 1877, p. 503. — Bertauld, *Questions pratiques*, t. I^{er}, n°s 177 et s. — Bonfils, n°s 189 et s. — Haus, *Du droit privé qui régit les étrangers en Belgique*, n° 106, p. 270, et n° 108, p. 281. — Norsa, *Rev. dr. int.*, 1874, n° 34, p. 264. — Brocher, *op. cit.*, 1871, p. 413. — V. aussi, *J. dr. int.*, 1880, p. 143, note 1.

(786) *J. dr. int.*, 1877, p. 503.

les invitant à s'établir sur son territoire, en leur assurant des droits qui, dans la sphère des droits privés, ne diffèrent plus de ceux des nationaux que par des exceptions devenues de plus en plus rares, la France entend assurément leur accorder la garantie de nos juridictions, et que l'étranger qui se place, en établissant son domicile en France, sous la protection de nos tribunaux, se soumet par cela même à leur autorité..... » (787).

La jurisprudence belge a interprété le silence du Code civil dans un sens beaucoup plus libéral que la jurisprudence française. Elle a décidé que la justice est une dette réciproque des Etats, et que le pouvoir judiciaire d'une nation s'étend sur la personne et sur les biens de l'étranger, comme sur la personne et les biens des régnicoles. Parmi les décisions judiciaires rendues par les tribunaux de la Belgique, nous citerons notamment un arrêt de la Cour de cassation, dans les considérants duquel nous lisons ce qui suit :

« Attendu que la faculté d'ester en Belgique, soit en demandant, soit en défendant, n'est pas un droit civil attaché uniquement à la qualité de Belge ; que cette faculté, bien qu'on puisse la considérer comme un droit civil, est une de celles qui prennent leur source dans le droit des gens, qui appartient bien plus à ce droit qu'au droit civil, et qui n'est pas plus interdite aux étrangers que celle d'acheter, d'acquérir une hypothèque et de se marier, etc. ; que le droit ou la faculté d'ester en justice n'est limitée en Belgique, pour les étrangers, que comme elle l'est pour les Belges, par les principes généraux du droit et les règles de la procédure.... » (787 bis).

(787) S., 57, 2, 625.

(787 bis) 3 août 1848, rapporté par Haus, *op. cit.*, n° 106, p. 270. Cet arrêt est d'autant plus remarquable qu'il a été rendu sur une demande en séparation de corps. Nous verrons, au contraire, que c'est surtout dans les questions qui touchent à l'état des personnes que la jurisprudence française a fait application de son principe d'incompétence dans les contestations entre étrangers. — V. aussi, pour la jurisprudence belge, Bruxelles,

Vers 1870, il se fit une brusque variation dans la jurisprudence de la Cour de Bruxelles, qui consacra la doctrine admise par la Cour de cassation de France. On n'est pas peu surpris de voir cette Cour, qui avait admis, pendant de longues années, le principe que la justice est une dette réciproque des nations, décider tout à coup que la justice n'est due qu'aux nationaux, « que le pouvoir des tribunaux de statuer sur les différends qui leur sont soumis, dérive de la loi qui est le principe de leur institution, et que la compétence des tribunaux belges pour juger les contestations dans lesquelles les étrangers sont intéressés, est de nature exceptionnelle » (787 *ter*).

La Cour de Bruxelles a persisté dans sa jurisprudence nouvelle jusqu'à ce que le nouveau Code de procédure consacra l'ancienne doctrine de toutes les Cours de Belgique. Nous parlerons, à propos des législations étrangères, des différentes règles de compétence admises à l'égard des étrangers par la loi belge de 1876 (V. n° 435).

Nous allons d'abord examiner les différentes hypothèses dans lesquelles les tribunaux français sont compétents pour statuer sur les contestations portées devant eux, alors même que les deux parties seraient de nationalité étrangère ; nous rechercherons ensuite quelle est, dans les autres cas, la nature de l'incompétence, et quels sont les pouvoirs du juge français.

26 mai 1820. — 20 juil. 1835. — 28 avril 1858. — 28 mai 1867. — Gand, 9 janv. 1834. — Arrêt de rejet de la Cour de cassation, rendu sur les conclusions de M. Leclercq, procureur général, 12 mars 1840. — Ces différents arrêts sont analysés ou cités par M. Laurent, *Dr. civ. int.*, t. IV, n° 4, p. 13 ; n° 37, p. 78 ; n° 38, p. 79 ; n° 43, p. 87 et 88. — Liège, 24 avril 1847, rapporté par Haus, n° 106, p. 275 et 276, et confirmé par l'arrêt de la Cour de cassation de 1848.

(787 *ter*) 14 nov. 1871 ; *Rev. dr. int.*, 1872, t. IV, p. 153. — V. aussi, Bruxelles, 30 mai 1870 ; *op. cit.*, p. 152. — 26 juin 1871 ; *op. et loc. cit.*

SECTION I

Compétence obligatoire

§ 1^{er}. — *Etrangers domiciliés sans autorisation.*

301. — La solution que nous avons donnée pour les étrangers autorisés à s'établir en France, ne saurait donner lieu à de sérieuses difficultés ; mais la question se présentera assez rarement à l'égard de ceux qui jouissent ainsi des droits civils. En effet, parmi les nombreux étrangers qui se trouvent sur le sol français, il en est beaucoup qui n'ont pas demandé l'autorisation exigée par l'article 13, bien qu'ils aient en France leur maison, leur famille, leurs plus grands intérêts, et qu'ils aient même quelquefois perdu tout esprit de retour dans leur patrie d'origine. Les tribunaux français sont-ils compétents pour statuer sur les contestations qui concernent les étrangers ainsi domiciliés en France ?

Nous disons *domiciliés* ; mais l'étranger peut-il donc être véritablement domicilié en France sans l'autorisation du Gouvernement ? peut-il, sans cette autorisation, avoir dans notre pays, non pas seulement une longue résidence, un domicile *de fait*, selon le langage de la jurisprudence, mais un domicile *légal*, celui dont parle l'article 102 du Code civil ? Cette extension de l'article 102 aux étrangers a rencontré une opposition assez vive de la part de certains auteurs d'une grande autorité, et il en est résulté une controverse sur laquelle la jurisprudence elle-même a rendu des décisions en sens divers. Nous nous rangeons, pour notre part, du côté de ceux qui prétendent que l'étranger peut avoir un domicile légal en France, sauf à déterminer ensuite les effets qu'il est susceptible de produire.

302. — Qu'est-ce, en effet, que le domicile ? Où est le domicile ? La loi romaine trace ainsi les caractères généraux du domicile : *In eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit ; unde non sit discessurus, si nihil avocet ; unde cum profectus est, peregrinari videtur ; quod si rediit, peregrinari jam destitit* (788).

Lors de la discussion au Conseil d'Etat, dans la séance du 16 fructidor an IX, M. Tronchet voulant déterminer les caractères du domicile et le distinguer de la résidence, disait : « La règle du droit est certaine : les lois appellent domicile le lieu où un individu a établi *larem rerumque ac fortunarum suarum summam*. Il n'y a jamais eu de procès et de questions que sur le fait..... » (789). Nous lisons également dans l'exposé des motifs du titre III du livre I^{er} du Code civil, présenté par M. Emmercy : « On entend par là le lieu où une personne jouissant de ses droits a établi sa demeure, le centre de ses affaires, le siège de sa fortune..... » (790).

D'après l'article 102. C. civ., qui a bien moins pour objet de définir le domicile que d'indiquer l'endroit où il se trouve, le domicile est au lieu où une personne a son principal établissement ; et, d'après l'article 103, le changement de domicile s'opère « par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement ».

Voilà donc ce qui constitue le domicile : l'intention jointe au fait de s'attacher à un certain lieu, avec lequel l'homme contracte, selon les expressions de M. Demolombe (791), une sorte de lien, de relation morale, on pourrait presque dire d'intimité. Or, il est bien évident que l'étranger peut établir en France sa

(788) C. Const. 7, liv. X, tit. XXXIX, *De incolis*.

(789) Loqué, t. III, p. 406.

(790) *Eod.*, t. III, p. 434.

(791) T. I^{er}, n° 338, p. 554.

demeure habituelle, le siège de ses affaires, y fixer le centre de ses affections et de ses intérêts, et, dès lors, il peut avoir en France un véritable domicile, puisque les éléments qui le constituent, sont réalisables par toute personne, par les étrangers comme par les nationaux. Et nous ne pensons pas que cette solution rationnelle soit en rien contredite par nos lois, qu'il y ait là un de ces droits créés par la loi civile, qui ne peuvent appartenir aux étrangers qu'en vertu d'une concession expresse ou tacite du législateur. Telle n'est pas assurément la faculté de se choisir un domicile où l'on veut.

On a cependant prétendu que, si l'article 13 n'a pas eu pour objet direct et principal de résoudre cette question, il ne l'a pas moins résolue implicitement, et que l'autorisation du Gouvernement est tout à la fois la condition, la preuve et la garantie du domicile de l'étranger en France (792). « L'article 13 est formel et sa disposition est rigoureuse, disait M. l'avocat général Aubépin, devant la Cour de Paris (793) : tout étranger qui veut établir son domicile en France, est astreint à l'autorisation du Gouvernement. En dehors de cette attache de la puissance publique, il pourra constituer une résidence, *jamaïs un domicile.* »

M. l'avocat général, comme les auteurs et les arrêts qui ont adopté sa théorie, semble confondre deux choses bien distinctes. L'article 13 n'a pas eu pour but d'indiquer comment l'étranger pourrait acquérir un domicile en France, mais à quelles conditions il pourrait jouir des droits refusés, en principe, aux étrangers. Bien loin, par conséquent, de vouloir empêcher l'étranger de fixer son domicile en France, il suppose, au contraire, qu'il y a deux catégories d'étrangers domiciliés : les uns par leur seule volonté, les autres avec l'autorisation du Gouvernement, et il crée une situation favorable au profit de ces derniers.

(792) Demolombe, t. Ier, n° 268, p. 442.

(793) 14 juil. 1871 ; Dal., 72, 2, 66.

On ne saurait se prévaloir de quelques paroles du tribun Gary, dans son discours au Corps législatif, lorsqu'il disait : « J'observe, sur l'article 13, qu'il n'y a aucune objection contre la disposition qui veut que l'étranger ne puisse établir son domicile en France, s'il n'y est admis par le Gouvernement... » (794).

L'orateur était uniquement préoccupé de la manière dont l'étranger pourrait acquérir la jouissance des droits civils, et c'est à cet objet seulement qu'il entendait rapporter ces paroles, qui sembleraient avoir une portée beaucoup plus générale.

Il suffit, pour s'en convaincre, de consulter les travaux préparatoires. L'article du projet portait : « L'étranger qui aura fait la déclaration de vouloir se fixer en France pour y devenir citoyen, et qui y aura résidé un an depuis cette déclaration, y jouira de la plénitude des droits civils » (795). On faisait par là allusion à la Constitution de l'an VIII, qui exigeait, pour l'acquisition de la qualité de Français, une déclaration d'intention et une résidence de dix années consécutives à la suite de cette déclaration. Sur une observation du premier consul, l'article fut ainsi modifié : « L'étranger qui aura été admis à faire en France la déclaration de vouloir devenir citoyen, et qui aura résidé un an depuis cette déclaration, y jouira de tous les droits civils, tant qu'il continuera d'y résider » (796). C'est à peu près la disposition de l'article 13 actuel, sauf le délai d'un an qui a été supprimé. C'était donc dans le but de faciliter le stage exigé par la Constitution de l'an VIII, que le projet accordait la jouissance des droits civils après une résidence d'un an. Ce qui préoccupait donc le législateur, c'était de faire une concession, et non de déterminer les conditions du domicile.

On a aussi invoqué contre notre opinion, un avis du Conseil d'Etat, du 18 prairial an XI, portant que, « dans tous les cas

(794) Locré, t. II, p. 343.

(795) *Eod.*, t. II, p. 33.

(796) *Eod.*, t. II, p. 42, 43 et 68.

où un étranger veut s'établir en France, il est tenu d'obtenir la permission du Gouvernement..... » (797). Mais il faut interpréter cet avis *secundum subjectam materiam*, et le rapporter au cas sur lequel le Conseil d'Etat était appelé à se prononcer. Or, la question à résoudre était celle de savoir si la permission du Gouvernement, requise pour que l'étranger puisse arriver à la jouissance des droits civils en France, l'était aussi pour celui qui voulait s'y fixer dans le but de parvenir à la naturalisation. Merlin constate que cet avis du Conseil d'Etat ne reçut aucune publicité légale, et n'eut pour objet que de tracer au ministre de l'intérieur la marche à suivre, relativement aux étrangers qui prétendaient se faire reconnaître citoyens français, après avoir fait une résidence continue en France pendant dix ans (798).

En règle générale, a-t-on dit encore, les lois françaises sont faites pour les nationaux, et, en particulier, la loi sur le domicile (art. 102) ne s'occupe que des Français ; or, aucun texte n'a rendu cette loi applicable aux étrangers ; donc ils ne peuvent avoir en France qu'une résidence de fait plus ou moins fixe et prolongée (799).

Cet article parle du domicile de tout Français, parce qu'il rattache cette idée à celle des droits civils dont la jouissance appartient à tous les Français. Il n'a pas voulu faire allusion aux étrangers, pour leur refuser un domicile en France, mais uniquement établir une distinction entre le domicile civil et le domicile politique, distinction qui ne saurait trouver son application à l'égard des étrangers. Ce qui prouve bien que tel est l'esprit dans lequel l'article 102 a été rédigé, c'est la manière dont s'exprimait Portalis, lors de la discussion sur cet article

(797) *Eod.*, t. II, p. 408.

(798) *Répert.*, V^o *Domicile*, § 13. — Demangeat, sur *Fœlix*, t. I^{er}, p. 97, n. b, et p. 317, n. a.

(799) *Demolombe*, t. I^{er}, n^o 268, p. 441.

au Conseil d'Etat, dans la séance du 16 fructidor an IX, pour repousser le système de ceux qui voulaient que le domicile fût nécessairement là où serait l'exercice des droits politiques. « Cette règle, disait-il, ne préviendrait les procès, ni à l'égard des veuves, ni à l'égard des filles, ni à l'égard *des étrangers*..... » (800).

Il est vrai que l'étranger peut ne pas avoir perdu tout esprit de retour dans sa patrie, mais il n'est pas nécessaire d'avoir perdu l'esprit de retour dans son pays pour être domicilié dans un autre, et une personne a toujours son principal établissement dans un endroit déterminé, alors même qu'elle conserverait l'idée plus ou moins arrêtée de le quitter dans un avenir peut-être très éloigné. Voilà pourquoi nous croyons que le Français lui-même peut avoir son domicile en pays étranger, lorsqu'il s'est établi dans ce pays sans perdre l'espoir de revenir en France (801).

L'étranger peut, sans doute, avoir entendu conserver son domicile dans son pays d'origine ; aussi, les tribunaux auront-ils à examiner si, au fait de l'habitation réelle en France, l'étranger a joint l'intention d'y fixer son principal établissement, question que le juge décidera suivant les circonstances, aux termes mêmes des articles 103 et 105 du Code civil.

Au témoignage de Merlin, il était universellement reconnu,

(800) Loaré, t. III, p. 410.

(801) Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I^{er}, § 90, p. 124, n. 4. — Demangeat, sur Fœlix, t. I^{er}, n° 28, p. 58, n. b. — Aubry et Rau, t. I^{er}, § 141, p. 576, n. 4. — Dal. *Répert.*, V° *Domicile*, n° 20. — Pau, 6 juin 1864 ; S., 65, 2, 105. — Req. rej., 21 juin 1865 ; S., 65, 1, 313. — Civ. cassat., 27 avril 1868 ; S., 68, 1, 257. — Paris, 12 août 1873, sur cassat., Dal., 75, 1, 271. — V. également, Paris, 30 juil. 1811 ; C. n., 3, 2, 532. — Req. rej., 14 fév. 1832 ; S., 33, 1, 70. — Civ. cassat., 26 janv. 1836 ; S., 36, 1, 217. — Montpellier, 5 août 1836 ; S., 37, 2, 220. — Req. rej., 29 déc. 1836 ; S., 37, 1, 437. — 17 janv. 1837 ; S., 37, 1, 701. — Toulouse, 7 déc. 1863 ; S., 64, 2, 241. — *Contrà* : Demolombe, t. I^{er}, n° 349. — Fœlix, t. I^{er}, n° 28, p. 58. — Trib. civ. Seine, 25 juin 1875, sur cassat., S., 79, 1, 307.

avant le Code civil, que l'étranger pouvait acquérir en France un véritable domicile, et telle est encore la solution donnée, sous l'empire du Code, par l'ancien procureur général à la Cour de cassation (802).

303. — D'après la jurisprudence belge, l'étranger peut avoir

(802) *Répert.*, *V^o Domicile*, § 13.—V. dans le même sens, Haus, *op. cit.*, nos 19 et 20, p. 94 et s. — Demante et Colmet de Santerre, t. 1^{er}, n^o 128 bis-II. — Proudhon, *De l'état des personnes*, t. 1^{er}, p. 245. — Valette, *Cours de Code civil*, 1872, p. 126, et sur Proudhon, t. 1^{er}, p. 237, n. a. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 1^{er}, § 90, n. 1 et 3. — Demangeat, sur Fœlix, t. 1^{er}, p. 58, n. b, et p. 317, n. a. — Bonfils, nos 187 et 188, p. 157 et s. — Renault, *J. dr. int.*, 1875, p. 422. — Jay, *Rev. pratique*, 1856, t. 1^{er}, p. 228. — Pour la jurisprudence, V. req. règl., 8 thermidor, an XI; C. n., 1, 1, 842, et la note. — Civ. rej., 30 nov. 1814; C. n., 4, 1, 635. — Req. rej., 24 avril 1827; C. n., 8, 1, 579. — Paris, 15 mars 1831; S., 31, 2, 237. — Riom, 7 avril 1835; S., 35, 2, 374. — Paris, 15 déc. 1853; S., 54, 2, 105. — Trib. civ. Seine, 14 mars 1856; *Rev. prat.* 1856, t. 1^{er}, p. 229. — Trib. civ. Rouen, 22 juin 1864; Dal., 65, 3, 13. — Caen, 12 juil. 1870; S., 71, 2, 57. — Aix, 28 août 1872; S., 73, 2, 265. — Pau, 11 mars 1874, sur cassat.; S., 75, 1, 409. — Loi du 23 août 1871 (art. 4), sur l'enregistrement. — *Contrà*: Duranton, t. 1^{er}, n^o 353, p. 291. — Orillard, *Compét. et procéd. des trib. de com.* n^o 627, p. 583. — Demolombe, t. 1^{er}, n^o 268. — Pardessus, *Dr. com.* t. IV, n^o 1524, p. 294. — Demangeat, *Condit. des étrangers en France*, n^o 81, p. 366 et s. — Fœlix, t. 1^{er}, n^o 28, p. 58. Cpr. n^o 152, p. 317. — Dal., *Répert.*, *V^o Domicile*, n^o 22. — Delvincourt, t. 1^{er}, *Notes*, p. 44, n. 3. — Aubry et Rau, 3^e édit., t. 1^{er}, § 78, n. 22, et § 141, n. 4. Cpr., dans la 4^e édit., § 141, n. 5. — Paris, 16 août 1811; C. n., 3, 2, 554. — Civ. rej., 2 juil. 1822; C. n., 7, 1, 105. — Paris, 21 avril 1838; S., 39, 2, 71. — Rouen, 29 fév. 1840; S., 40, 2, 256. — Paris, 25 août 1842; S., 42, 2, 372. — 5 déc. 1844; S., 44, 2, 617. — 15 déc. 1855; S., 56, 2, 159. — 14 juil. 1871; S., 71, 2, 141. — 29 juil. 1872; S., 73, 2, 148. — 10 juil. 1880; *J. dr. int.*, 1880, p. 474 et 475. — Douai, 12 juil. 1844; S., 44, 2, 491. — Trib. civ. Seine, deux jugements du 24 août 1867; S., 68, 2, 193. — Civ. cassat., 12 janv. 1869; S., 69, 1, 139. — Trib. civ. Bordeaux, 17 août 1870, et Cour de Bordeaux, 5 août 1870; *J. dr. int.*, 1874, p. 180. — 5 août 1872; S., 72, 2, 269. — Req. rej., 19 mars 1872; S., 72, 1, 238. — Trib. civ. Havre, 22 août 1872; S., 72, 2, 313. — Civ. cassat., 5 mai 1875; S., 75, 1, 409; et, sur renvoi, Bordeaux, 24 mai 1876; S., 77, 2, 109.

un domicile en Belgique (803). Nous lisons dans un arrêt de la Cour de Liège, du 24 avril 1847 : « Attendu qu'il est de doctrine et de jurisprudence qu'on ne peut avoir qu'un domicile, et que les faits acquisitifs du domicile par un Belge, le sont aussi par un étranger, indépendamment de l'autorisation du Gouvernement..... » (804). Cet arrêt fut confirmé par la Cour de cassation, dans un arrêt du 3 août 1848 (805).

304. — Si l'étranger ordinaire peut, comme celui dont parle l'article 13, avoir un véritable domicile en France, il faut toutefois se garder de les assimiler au point de vue des effets que doit produire ce domicile. On comprend, en effet, que par un domicile créé par sa seule volonté, quelque prolongé qu'il soit, l'étranger ne puisse se soustraire aux incapacités qui pèsent sur les étrangers, ni réclamer des avantages réservés à ceux qui jouissent des droits civils. Avant la loi de 1819, il n'aurait pu réclamer le droit de succéder, et aujourd'hui encore il ne saurait exiger la caution *judicatum solvi* d'un autre étranger qui le poursuit, ni prétendre être dispensé de la fournir lui-même, lorsqu'il est demandeur dans l'instance.

Pour faire de cette distinction une application plus spéciale à notre sujet, nous déciderons que l'étranger domicilié en France sans l'autorisation du Gouvernement, ne pourrait invoquer le bénéfice de l'article 14 pour citer en France un autre étranger non domicilié (806).

(803) Haus, *op. cit.*, n° 21, p. 103.

(804) Rapporté par Haus, *op. cit.*, n° 106, p. 275.

(805) Rapporté par Haus, *op. cit.*, n° 106, p. 270. — V. dans le même sens, trib. Bruxelles, 5 janv. 1872; *Rev. dr. int.*, 1872, t. IV, p. 654, et les arrêts cités par M. Haus, p. 276, n. 1.

(806) Merlin, *Répert.*, V° *Domicile*, § 13. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 bis, n. 41. — Demangeat, sur Fœlix, t. I^{er}, p. 317, n. a. — Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. I^{er}, § 62, p. 86, n. 14. — Renault, *J. dr. int.*, 1875, p. 424. — Rouen, 29 fév. 1840; S., 40, 2, 256. — Paris, 13 mars 1849; S., 49, 2, 637. — Trib. civ. Seine, 18 mars 1880; *J. dr. int.*, 1880, p. 191. — Con-

Le tribunal de Rouen (807) ne craint pas de déclarer qu'il est reconnu par la doctrine et par la jurisprudence, que l'étranger qui a son domicile réel en France, y jouit des mêmes droits civils que l'étranger admis par l'autorité à y résider. Le tribunal, en posant ce principe, et la Cour d'Aix (808), en l'appliquant au bénéfice de l'article 14, sont tombés, en sens inverse, dans la même erreur que la Cour de cassation. Celle-ci, notamment dans un arrêt du 12 janvier 1869 (809), confondant le domicile et la jouissance des droits civils, refusait de reconnaître le premier là où la jouissance des droits civils ne lui apparaissait pas complète. Le tribunal de Rouen et la Cour d'Aix font la même confusion ; mais ils en tirent une conséquence tout à fait contraire, et accordent la jouissance des droits civils partout où ils voient le domicile.

Admettre un tel principe, ce n'est pas seulement méconnaître la distinction établie par la loi, et violer les règles les plus élémentaires d'interprétation, en étendant par voie d'analogie la disposition de l'article 13, restreinte aux seuls étrangers qui ont été admis à domicile par le Gouvernement français ; mais c'est encore méconnaître l'esprit de la loi, car, en accordant à ces étrangers la jouissance des droits civils, le législateur a voulu principalement adoucir leur situation pendant le temps du stage qui leur est imposé avant l'obtention de la naturalisation. Or, ce temps de stage ne court pas au profit de celui qui a établi son domicile en France par sa seule volonté. Ce principe apparaît encore plus exorbitant, quand on le considère dans l'application

tri : *Fœlix*, t. 1^{er}, n° 152, p. 317. — *Req. rej.*, 24 avril 1827 ; *C. n.*, 8, 1, 579. — *Trib. com. Marseille*, 3 mai 1870 ; *Dal.*, 73, 3, 37. — *Aix*, 28 août 1872 ; *S.*, 73, 2, 265 — *Trib. com. Marseille*, 7 janv. 1867, cité en note, sous l'arrêt précédent. — *Trib. com. Seine*, 23 oct. 1877 ; *J. dr. int.*, 1878, p. 38.

(807) 22 juin 1864 ; *Dal.*, 65, 3, 13.

(808) 28 août 1872, cité à la note 806.

(809) *S.*, 69, 1, 139.

spéciale qu'en a faite la Cour d'Aix, en étendant la disposition de l'article 14 qui déroge à une règle fondamentale de compétence (810).

Il faut donc proclamer comme principe certain, que le domicile non autorisé par le Gouvernement, ne saurait conférer à l'étranger la jouissance des droits civils, et, en particulier, lui permettre d'invoquer le bénéfice de l'article 14. Peu importe d'ailleurs que l'étranger fasse en France le commerce, qu'il paie patente, qu'il y ait un établissement : il ne saurait imposer la juridiction française à son adversaire étranger non domicilié en France, à moins que l'on ne se trouve dans l'un des cas de compétence de l'article 420 du Code de procédure civile (811).

305. — S'il est vrai que ce domicile ne place pas l'étranger sur la même ligne que celui de l'article 13, il produit néanmoins certains effets, et a spécialement pour résultat de le soumettre à la juridiction des tribunaux français. Cette solution est, à nos yeux, tout à fait juridique. En effet, nous avons vu qu'aucune loi ne limitant la compétence des tribunaux aux nationaux, cette compétence devait, en règle générale, s'étendre aux étrangers, et que ceux-ci étaient justiciables de nos tribunaux, quand, d'après les principes généraux, la demande doit être portée devant eux. L'étranger dont il est question pourra donc être assigné devant le tribunal du domicile qu'il a établi en France, conformément à la disposition de l'article 59, C. pr. qui porte : « En matière personnelle, le défendeur sera assigné devant le tribunal de son domicile. »

(810) Nous n'avons pas d'ailleurs à rechercher ici si cet arrêt ne pourrait se justifier à un autre point de vue, notamment parce qu'il s'agissait, dans l'espèce, d'un contrat commercial fait et exécuté en France.

(811) Nous ne voudrions même pas adopter une théorie dite de *l'incolat*, enseignée par Proudhon (*De l'état des personnes*, t. 1^{er}, p. 190 à 197), et adoptée par M. Valette (sur Proudhon, t. 1^{er}, p. 194, n. a), d'après laquelle l'étranger établi en France sans esprit de retour, se trouve, quant à son état et sa capacité, régi par la loi française.

Cette solution n'est pas seulement juridique, elle est encore conforme à l'équité. Si l'on refuse à un étranger le droit d'actionner devant les tribunaux français un autre étranger domicilié en France, à quelle juridiction devra-t-il donc s'adresser ? Au tribunal de son domicile étranger ? Mais nous avons supposé que l'étranger avait entendu transporter son domicile en France. Sera-ce au tribunal de son domicile d'origine, ou de son dernier domicile, ou bien encore à celui de sa dernière résidence à l'étranger ? Mais, remarquons-le bien, cet étranger est peut-être établi chez nous depuis de longues années ; peut-être est-il né en France sans jamais être retourné dans sa patrie d'origine ; peut-être même est-il né en France d'un étranger qui lui-même y est né, et a-t-il conservé sa nationalité en se conformant aux lois du 7 février 1851 (art. 1^{er}) et du 16 décembre 1874 (art. 1^{er}). On force ainsi le demandeur à se livrer à toutes sortes d'investigations pour rechercher quel a pu être, il y a vingt, cinquante ou cent ans, le domicile de son débiteur ou de ses ancêtres, et cela pour aboutir souvent à un résultat négatif ! On arrive donc, en réalité, à refuser toute action au créancier, en l'obligeant à aller plaider devant le tribunal d'un domicile qu'il ne connaît pas, et dont le débiteur lui-même a peut-être perdu toute trace et tout souvenir.

Mais enfin, supposons que l'on connaisse, ou que du moins le créancier soit parvenu à découvrir le domicile d'origine, le dernier domicile ou la dernière résidence de l'étranger, aura-t-il au moins la certitude de pouvoir obtenir justice ? Assurément non, car le juge pourra refuser de statuer sur une demande dirigée contre un débiteur qui a quitté son pays depuis longtemps, et qui est peut-être considéré comme étranger par sa loi nationale, par suite de son établissement en France sans esprit de retour.

Et, en supposant que le demandeur connaisse le tribunal étranger devant lequel il doit citer son adversaire, et que celui-ci consente à retenir la connaissance de l'affaire, que va-t-il

arriver ? Le jugement qu'il obtiendra de la justice étrangère, ne lui servira pas dans le pays étranger, puisque, par hypothèse, le débiteur a établi le centre de sa fortune dans notre pays. Il faudra donc rendre ce jugement exécutoire en France, et, dans le système général admis par la jurisprudence, le jugement étranger ne peut être mis à exécution qu'après avoir été révisé au fond par le juge français. On arrive donc indirectement à soumettre la connaissance de l'affaire à nos tribunaux, après avoir astreint le demandeur à un circuit d'actions, et lui avoir occasionné une perte de temps et des frais considérables pour aller plaider devant un juge étranger !

Ne serait-ce pas enfin encourager la mauvaise foi et la fraude, que de permettre ainsi à des étrangers domiciliés en France de se soustraire à l'exécution de leurs engagements, ou, du moins, de contraindre leurs créanciers à les assigner devant un juge qu'ils ne connaissent peut-être pas, et, en tous cas, à intenter leurs actions devant un tribunal fort éloigné, pour revenir ensuite le faire mettre à exécution en France ?

Tels sont cependant les inconvénients et les dangers qui résulteraient du principe admis par la jurisprudence, si l'on en tirait rigoureusement toutes les conséquences qui devraient logiquement en découler.

Concluons donc que l'étranger qui s'est établi en France, même sans autorisation du Gouvernement, peut y acquérir un véritable domicile qui produit certains effets, et, spécialement, s'oppose à ce qu'il puisse décliner la compétence du tribunal français devant lequel il est traduit par un autre étranger, bien que celui-ci ne soit pas même de fait domicilié en France (812).

(812) Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, p. 146, n. 42. — Fœlix, t. I^{er}, n° 152, p. 317. — Demangeat, sur Fœlix, *loc. cit.*, n. a. — Bonfils, n° 189 et s., p. 160 et s. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I^{er}, § 62, p. 86, n. 14. — Massé, *Dr. com.*, n° 660, p. 617. — Bertauld, *Questions pratiques*, t. I^{er}, n° 182, p. 146. — Jay, *Rev. pratique*, 1857, t. III, p. 197.

306. — Si nous sommes entré dans tous ces détails sur la question de savoir si l'étranger peut avoir un domicile en France, ce n'est pas seulement à cause de l'intérêt théorique de cette discussion, mais encore parce que certains arrêts ont décidé que l'étranger n'ayant en France qu'un domicile de fait, n'était pas justiciable des tribunaux français (813).

Nous devons dire toutefois que les dissentiments sur ce point ont sur la solution du problème qui nous occupe, une influence bien plus apparente que réelle. En effet, ceux-là mêmes qui n'admettent pas que l'étranger puisse avoir un véritable domicile en France sans autorisation du Gouvernement, ne le décident cependant ainsi qu'au point de vue de l'application de l'article 13, et de l'exemption des mesures exceptionnelles auxquelles l'étranger se trouve soumis à raison de sa nationalité. Ils reconnaissent par là, tout au moins virtuellement, que le domicile de fait de l'étranger produit sous d'autres rapports, et spécialement au point de vue de la compétence des tribunaux, les mêmes effets que ceux que la loi attache au domicile légal.

La jurisprudence elle-même, tout en admettant, dans un grand nombre d'arrêts, que l'étranger ne peut sans autorisation acquérir un véritable domicile, a cependant décidé, à plusieurs reprises, qu'il pouvait du moins y acquérir un domicile de fait, suffisant pour le soumettre à la juridiction de nos tribunaux. Voici notamment comment s'exprime la Chambre des requêtes, dans un arrêt du 7 juillet 1874, qui, tout en qualifiant le domicile de domicile *de fait*, consacre cependant les différentes solutions que nous avons admises précédemment.

« Attendu que l'article 13 du Code civil a pour objet d'indiquer comment un étranger peut acquérir la jouissance des droits civils ; que l'autorisation du Gouvernement ne s'impose pas à l'étranger comme une condition préalable à l'établissement de

(813) V. notamment, Rouen, 29 fév. 1840 ; S., 40, 2, 256. — Paris, 13 mars 1849 ; S., 49, 2, 637.

son domicile en France, mais comme un moyen d'assurer les effets de cet établissement, relativement aux droits civils dont il veut se procurer la jouissance ; qu'aucune loi ne s'oppose à ce que l'étranger fixé en France sans avoir obtenu cette autorisation, y acquière et y conserve un domicile de fait entraînant certaines conséquences, telles que de le soumettre à la juridiction des tribunaux français, et de déterminer la compétence du juge qui doit connaître, après son décès, de la succession qu'il laissera en France. » (814).

Un certain nombre d'arrêts assez récents ont également reconnu que le domicile de l'étranger est attributif de juridiction aux tribunaux français (815).

Nous adoptons complètement les motifs de ces arrêts, qui, sous une terminologie différente, reconnaissent, en réalité, l'existence en France d'un domicile produisant, au point de vue de la compétence, les mêmes effets que ceux que nous lui avons attribués.

307.— Cette solution, avons-nous dit, est juridique et conforme à l'équité ; mais, si elle est équitable, elle ne nous paraît pas également juridique dans le système de la jurisprudence et des auteurs qui, tout en admettant que la justice n'est due, en principe, qu'aux seuls nationaux, reconnaissent cependant que

(814) S., 75, 1, 19.

(815) Caen, 5 janv. 1846 ; S., 47, 2, 456. — Req. rej., 7 mars 1870 ; Dal., 72, 1, 326. — Trib. civ. du Havre, 22 août 1872 ; S., 72, 2, 313. — Caen, 29 janvier 1873 ; *J. dr. int.*, 1877, p. 145. — Trib. civ. Marseille, 23 avril 1875 ; *op. cit.*, 1876, p. 185. — Trib. civ. Seine, 27 avril 1878 ; *eod. op.*, 1878, p. 379 et 380. — 3 mai 1879 ; *eod. op.*, 1879, p. 489. — Paris, 10 juil. 1880 ; *eod. op.*, 1880, p. 474 et 475. — Cpr. Aubry et Rau, t. 1er, § 141, p. 576, n. 5. — V. également, pour la question du domicile, req. rej., 19 mars 1872 ; S., 72, 1, 238. — Trib. civ. Seine, 18 mars 1880 ; *J. dr. int.*, 1880, p. 191. — V. notamment, en sens contraire, Colmar, 30 déc. 1815 ; C. n., 5, 2, 87. — Rouen, 29 fév. 1840 ; S., 40, 2, 256. — Paris, 13 mars 1849 ; S., 49, 2, 637. — Lyon, 25 fév. 1857 ; S., 57, 2, 625. — Req. rej., 10 mars 1858 ; S., 58, 1, 529.

l'étranger domicilié en France est justiciable des tribunaux du pays. Il ne suffit pas, pour justifier cette solution, d'admettre que l'étranger peut avoir en France un véritable domicile, ou, tout au moins, un domicile de fait équivalant au domicile légal, au point de vue de la compétence. L'article 59, qui consacre la règle : *Actor sequitur forum rei*, n'établit, en effet, qu'une règle de compétence spéciale, qui suppose préalablement reconnue la compétence générale de ces mêmes tribunaux à l'égard des étrangers.

M. Bonfils avoue que ce texte constitue une loi qui ne peut servir qu'à déterminer la compétence spéciale de ces tribunaux, lorsque la compétence générale a été reconnue ; mais il ne prend, dit-il, cet article que comme une indication de la volonté du législateur, déjà proclamée au Conseil d'Etat par M. Tronchet. Selon lui, toute la question consiste à savoir si le législateur a accepté ou repoussé le principe, universellement admis, que le demandeur doit s'adresser aux juges du domicile du défendeur, et, à ses yeux, l'article 59 prouve cette volonté par l'application spéciale qu'y fait le législateur de la règle générale (816).

Cette argumentation est subtile ; mais elle est loin de nous satisfaire. En effet, si l'on admet avec la jurisprudence qu'en principe les tribunaux sont établis pour rendre la justice aux Français, et ne la doivent aux étrangers que dans les cas prévus par la loi, il faut une volonté formelle du législateur, il faut un texte de loi pour déroger à cette règle absolue, et il ne suffit pas d'induire cette volonté de tel ou tel article, à l'aide d'une argumentation plus ou moins spécieuse, alors surtout qu'il résulte des travaux préparatoires, comme nous l'avons vu, que la question de compétence, dans les procès entre étrangers, a été laissée intentionnellement de côté par les rédacteurs du Code. Or, nous le répétons, ce texte fait défaut ; car on ne peut appliquer à l'étranger la règle de l'article 59, alors que la règle de compétence générale

ne l'atteint pas. Un tel raisonnement est entaché d'un vice radical, comme le dit M. Bonfils lui-même, en critiquant vivement la jurisprudence de vouloir appliquer aux étrangers l'article 420 du Code de procédure civile (817). La jurisprudence n'admet pas que la justice soit due aux étrangers comme aux nationaux, et, dès lors, pas plus dans l'article 59 que dans l'article 420, elle ne saurait trouver un argument pour justifier la solution qu'elle a souvent donnée, et que nous avons d'ailleurs approuvée en elle-même, indépendamment des motifs sur lesquels on a voulu la fonder (818).

308. — Le principe que nous venons de poser et de développer, à savoir que l'étranger domicilié en France est justiciable des tribunaux français, devrait recevoir son application, alors même qu'il s'agirait d'une demande relative à l'état des personnes. Nous ne faisons ici qu'énoncer cette règle, sur laquelle nous reviendrons d'une façon toute spéciale par suite de l'importance de cette question (V. n^{os} 388 et suiv.) (818 *bis*).

309. — Au cas où il est établi que l'étranger a son domicile en France, nous assimilerons d'ailleurs celui où il résiderait depuis plus ou moins longtemps en France sans avoir de domicile connu dans son pays d'origine, et sans pouvoir justifier d'aucun domicile hors de France (art. 59, § 1^{er}, C. pr.). A défaut de domicile connu, la résidence doit, en effet, en tenir lieu, au point de vue

(817) N^o 211, p. 184.

(818) Laurent, *Droit civil international*, t. IV, n^o 36, p. 76.

(818 *bis*) La jurisprudence déclare qu'il convient aux tribunaux français de se déclarer incompétents pour statuer sur les contestations relatives à l'état des étrangers. Des arrêts assez nombreux ont même décidé qu'il s'agissait ici d'une incompétence d'ordre public. Il nous sera plus facile d'apprécier cette jurisprudence, lorsque nous aurons recherché quelle est, en général, la nature de l'incompétence de nos tribunaux pour connaître des procès entre étrangers, en dehors des hypothèses où leur juridiction s'impose aux parties. Nous verrons alors s'il est vrai de dire qu'ils peuvent ou même qu'ils doivent refuser de statuer sur les contestations qui touchent à l'état des étrangers, bien que les parties aient leur domicile réel en France.

de la compétence, et c'est à l'étranger, devenu demandeur en son exception d'incompétence, à faire la preuve d'un domicile attributif de juridiction, situé hors de France. Une solution contraire conduirait, comme le fait remarquer la Cour suprême, à cette conséquence inique, que, par de vagues allégations, l'étranger défendeur pourrait se jouer en quelque sorte de son adversaire et le réduire à l'impossible (819).

310. — Dans les hypothèses dont nous venons de parler, l'étranger défendeur sera justiciable des tribunaux français, peu importe qu'il n'ait établi en France son domicile ou la résidence qui en tient lieu, que postérieurement à la naissance de l'obligation qui donne lieu au procès (820).

311. — Si l'étranger n'a en France qu'une simple résidence, et un domicile connu à l'étranger, il pourra sans doute renoncer à se prévaloir de l'incompétence de nos juges, qui pourront également retenir, dans ce cas, la connaissance de l'affaire ; mais il ne sera pas nécessairement soumis à leur juridiction, comme dans l'hypothèse où il a en France un véritable domicile. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir plus longuement sur cette règle, en parlant de la compétence facultative (V. n° 370).

312. — La jurisprudence belge, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, a interprété le silence du Code civil dans un sens beaucoup plus libéral que la jurisprudence française. « Elle

(819) Bertauld, *Questions pratiques*, t. I^{er}, p. 146, lettre C. — Caen, 5 janv. 1846 ; S., 47, 2, 456. — Req. rej., 8 avril 1851 ; S., 51, 1, 335. — Paris, 12 janv. 1858 ; S., 58, 2, 542. — 19 déc. 1876 ; *J. dr. int.*, 1877, p. 39. — 9 nov. 1878 ; *op. cit.*, 1879, p. 62. — Req. rej., 7 mars 1870 ; S., 72, 1, 361. — Caen, 29 janv. 1873 ; *J. dr. int.*, 1877, p. 145. — Trib. civ. Nice, 30 nov. 1875 ; *op. cit.*, 1877, p. 143. — Trib. com. Seine, 27 avril 1878 ; *eod. op.*, 1878, p. 379 et 380. — 3 mai 1879 ; *eod. op.*, 1879, p. 489. — 18 mars 1880 ; *eod. op.*, 1880, p. 191. — Trib. com. Seine, 7 oct. 1881 ; *Le Droit*, 19 oct. — V. cependant, Paris, 23 juil. 1870 ; Dal., 71, 2, 24.

(820) *Contrà* : Civ. rej., 28 juin 1820 ; C. n., 6, 1, 264. — Paris, 23 juil. 1870 ; Dal., 71, 2, 24. — Cpr. nos 27 bis et 31.

s'est inspirée des vrais principes, dit M. Haus, et a compris que les contestations entre étrangers, en matière personnelle ou mobilière, relèvent du droit des gens, et que, par le domicile du défendeur, il faut entendre le domicile du droit des gens, c'est-à-dire le lieu où le défendeur est fixé avec l'intention d'y rester, avec ou sans l'autorisation du Gouvernement » (821).

La loi belge du 25 mars 1876 (art. 52, § 2) consacre d'une manière formelle la compétence des tribunaux belges, dans le cas où l'étranger défendeur est domicilié en Belgique (V. n° 435).

313. — Devant quel tribunal l'étranger demandeur doit-il porter son action, s'il s'agit de l'un de ces personnages ambulants que l'on ne peut saisir nulle part, s'il s'agit, en un mot, d'un défendeur qui n'a ni domicile ni résidence connus, soit en France, soit à l'étranger? Les règles de compétence manquent à cet égard ; aussi, est-il impossible de donner une solution qui doive nécessairement être acceptée.

On a prétendu que le tribunal compétent serait celui dans le ressort duquel a été contractée l'obligation d'où dérive l'action intentée (822). On ne peut se prévaloir, pour établir cette doctrine, de la règle posée par l'article 420, C. pr., qui est relative aux affaires de commerce, et ne peut être étendue aux matières civiles (823). Ce système aurait le grand désavantage de contraindre les deux parties à se déplacer, et d'entraver une solution prompte et économique des procès. Aussi, pensons-nous que l'action, en pareil cas, devra être portée devant le tribunal du

(821) N° 106, p. 270. — Gand, 9 janv. 1834, analysé par Laurent, *Dr. civ. int.*, t. IV, n° 37, p. 78. — Liège, 24 avril 1847. — Cour de cassat. belge, 3 août 1848, rapportés par Haus, *loc. cit.* — Trib. Bruxelles, 5 janv. 1872 ; *Rev. dr. int.*, 1872, t. IV, p. 654. — Liège, 25 fév. 1872 ; *op. cit.*, p. 655. — V. toutefois, ce que nous disons de la jurisprudence de la Cour de Bruxelles, postérieure à 1870, n° 300.

(822) Boitard, t. Ier, n° 184, p. 145.

(823) Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, t. III, Question 1508, p. 519.

domicile du demandeur, ainsi que nous l'avons déjà décidé à propos des actions intentées par un Français contre un étranger, qui n'a en France ni domicile ni résidence connus (V. n° 199) (824).

314. — La loi permet aux parties de choisir, pour l'exécution de leur convention, un domicile différent de leur domicile général, et cette faculté appartient aux étrangers aussi bien qu'aux Français. Les tribunaux français seront donc compétents pour statuer sur la demande dirigée par un étranger contre un autre étranger, lorsque les deux parties, ou, tout au moins, le défendeur aura fait élection de domicile en France (art. 111, C. civ., et 59, § 9, C. pr.) (825).

Ici encore, nous ferons remarquer que l'article 59, dont la règle est reproduite par l'article 111, C. civ., n'édicte qu'une règle de compétence spéciale, est insuffisant par lui-même pour justifier une dérogation au principe général d'incompétence admis par la jurisprudence (V. *suprà*, n° 307).

§ 2. — *Lois de police et de sûreté. — Ordre public. — Mesures provisoires et conservatoires.*

315. — Le paragraphe 1^{er} de l'article 3 du Code civil est ainsi conçu : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. » Dans la séance du Corps législatif, du 4 ventôse an XI, M. Portalis présenta le second exposé des motifs du titre préliminaire. Il établit d'abord que l'étranger, protégé par la loi française, doit la respecter à son tour; puis il

(824) Chauveau, sur Carré, t. 1^{er}, Question 371 *bis*, p. 448. — Civ. rej., 9 mars 1863; S., 63, 1, 225. — Bastia, 27 déc. 1875; S., 76, 2, 66. — V. aussi les auteurs et les arrêts cités à la note 509.

(825) Bonfils, n° 209, p. 181. — Massé, t. 1^{er}, n° 663, p. 618. — Paris, 23 thermidor an XII; C. n., 1, 2, 212. — Trib. civ. Seine, 26 juil. 1879; Dal., 1880, 3, 39. — Cpr. Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, p. 148, n. 52. — Fœlix, t. 1^{er}, n° 155, p. 325. — Merlin, *Répert.*, V° *Etrang.*, § 2, *in fine*. — V. cependant, trib. civ. Seine, 22 août 1878; *J. dr. int.*, 1878, p. 503.

ajoute : « D'autre part, chaque Etat a le droit de veiller à sa conservation, et c'est dans ce droit que réside la souveraineté ; or, comment un Etat pourrait-il se conserver et se maintenir, s'il existait dans son sein des hommes qui puissent impunément enfreindre sa police et troubler sa tranquillité ! Le pouvoir souverain ne pourrait remplir la fin pour laquelle il est établi, si des hommes étrangers ou nationaux étaient indépendants de ce pouvoir. Il ne peut être limité, ni quant aux choses, ni quant aux personnes. Il n'est rien, s'il n'est tout. La qualité d'étranger ne peut être une exception légitime pour celui qui s'en prévaut contre la puissance publique qui régit le pays dans lequel il réside. Habiter le territoire, c'est se soumettre à sa souveraineté. Tel est le droit politique de toutes les nations » (826).

Parmi les lois de police et de sûreté, il faut avant tout comprendre celles qui ont été établies dans le but de garantir le bon ordre de la société, et dont la violation a été réprimée par une sanction pénale. De pareilles lois, comme le pouvoir des magistrats chargés de les appliquer, doivent atteindre indistinctement tous ceux qui voudraient porter le trouble et le désordre dans le pays. Cette autorité est dans tout corps social, et, pour être juste, elle n'a pas besoin du consentement de celui qu'elle frappe. Elle n'enchaîne pas seulement les sujets de l'Etat, mais encore les étrangers, qui ne sauraient, sous le dangereux prétexte de leur nationalité, se livrer impunément à des actes défendus à ceux qui les entourent. L'étranger, d'ailleurs, dès qu'il a touché le sol français, s'est par là même engagé à respecter les lois et l'ordre établis parmi ceux qui l'habitent. A cette condition seulement l'entrée lui en a été ouverte. Aussi, est-il incontestable, en matière criminelle, que le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire s'étendent sur tous les individus qui se trouvent sur le territoire, et que, sous peine de cesser d'être souverain, l'Etat est nécessairement en droit de réprimer la violation des lois dont

nous parlons, sans qu'il y ait à distinguer si l'auteur de cette violation est un sujet de cet Etat, ou appartient à une nation étrangère.

Nous n'avons pas à nous occuper ici de l'action publique, intentée par ceux auxquels la loi en a confié l'exercice ; mais nous devons, au contraire, dire quelques mots de l'action civile qui appartient à la partie lésée, et peut être exercée concurremment avec l'action criminelle devant les tribunaux de répression, ou séparément de l'action publique devant les tribunaux civils (art. 3, C. inst. crim.).

316.—Il faut reconnaître la compétence des tribunaux français pour statuer sur les actions personnelles et mobilières entre étrangers, lorsqu'elles ont pour objet la réparation d'un dommage causé par un fait prévu et puni par la loi pénale, et commis sur la personne d'un étranger en France, ou contre les biens qu'il y possède. Cette compétence nous paraît incontestable dans la première des deux hypothèses que nous avons posées, c'est-à-dire, lorsque l'action civile est exercée concurremment avec l'action criminelle devant les tribunaux de répression. Il s'agit là, en effet, au premier chef, de la violation de l'une de ces lois auxquelles est soumis l'étranger, et l'on ne comprendrait pas qu'il ne puisse les invoquer dans son intérêt, quand il a besoin de leur protection. Lui refuser cette protection, ce ne serait pas seulement blesser l'équité, mais encore jeter le trouble dans la société, et mettre l'étranger dans la nécessité de faire appel à la violence pour se rendre justice à lui-même. Les dommages-intérêts auxquels conclut la partie lésée, ne forment d'ailleurs que l'accessoire de la poursuite dirigée par le magistrat auquel la loi en a confié l'exercice, et il est naturel que la compétence du juge territorial, qui possède tous les éléments du procès, s'étende également sur l'action privée, qui est l'accessoire de l'action publique à laquelle donne lieu le fait incriminé.

« Attendu, dit la Cour de cassation, que l'action civile a été intentée accessoirement à l'action publique, et que le tribunal

saisi de la prévention d'un délit, est nécessairement compétent pour statuer sur les intérêts civils qui s'y rattachent » (827).

On a soutenu, au contraire, qu'une autre solution devait être donnée, dans le cas où l'action civile est exercée séparément de l'action publique, parce que l'article 3 du Code d'instruction criminelle a pour objet unique de prévoir la séparation des deux actions, sans indiquer les règles de procédure à suivre pour l'exercice de l'action civile. Le fond de la prétention du demandeur peut sans doute être basé sur cet article, mais cette disposition est étrangère à la question de compétence, qui doit être résolue d'après les règles suivies pour les actions civiles en général (828).

Nous ne saurions admettre cette distinction, et nous ne voyons pas bien comment l'étranger, admis en principe à réclamer de nos tribunaux la réparation du préjudice qui lui a été causé en France par un délit, serait contraint, pour jouir de ce droit, à se rendre partie civile sur l'action publique. La compétence naît, en effet, du caractère même du fait qui donne lieu à l'action, et cette action, aux termes du Code d'instruction criminelle, peut être exercée en même temps que l'action publique ou séparément. Il faut en conclure que l'étranger, qui a droit à la protection des lois de police et de sûreté, et auquel on accorde le béné-

(827) 15 avril 1842; S., 42, 1, 473. — V. aussi Fœlix, t. I^{er}, n° 165, p. 344. — Massé, t. I^{er}, n° 665, p. 619. — Bonfils, n° 203, p. 175. — Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 164. — Bertauld, *Questions pratiques*, t. I^{er}, n° 180, p. 145. — Mangin, *Action publique*, t. I^{er}, n° 125, p. 178. — Le Sellyer, *Exercice et extinction de l'action publique et privée*, t. I^{er}, nos 281 et 282, p. 406. — Faustin-Hélie, *Instruct. crim.*, t. I^{er}, n° 548, p. 657. — Trébutien, *Dr. crim.*, t. II, p. 32. — Dal., *Répert.*, V° *Droit civil*, n° 336. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 bis, p. 146, n. 44. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I^{er}, § 62, p. 87, n° 4 et n. 21. — Demangeat, *Condit. des étrang.*, n° 85, p. 393. — Duranton, t. I^{er}, n° 153, p. 103. — Demolombe, t. I^{er}, n° 261, p. 421. — Bordeaux, 11 août 1842; S., 42, 2, 216.

(828) Bonfils, n° 203, p. 175. — Fœlix et Demangeat, t. I^{er}, n° 165, p. 345, et note a. — Dal., *loc. cit.* — V. aussi, Bertauld, *op. et loc. cit.*

• fice de cette action, ne saurait en être privé par cela seul qu'il aura pris l'une plutôt que l'autre des voies qui lui sont tracées par la loi elle-même (829).

317.—Il faut aller plus loin encore, et reconnaître à l'étranger le droit de traduire un autre étranger devant les tribunaux français, à raison d'un fait accompli en France et constituant un quasi-délit. Les lois de police et de sûreté ne comprennent pas seulement, en effet, celles dont les dispositions sont sanctionnées par voie de répression pénale ; mais, d'une manière plus générale, toutes celles qui ont pour objet la sécurité des personnes ou des propriétés. L'étranger doit donc être admis à réclamer devant les tribunaux français l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil, à la suite d'un quasi-délit dont il a été victime en France (830).

318. — Du principe posé par l'article 3, § 1^{er}, du Code civil, il faut également conclure que le défendeur exciperait vainement de sa qualité d'étranger, toutes les fois qu'ils s'agit d'une demande qui se rapporte à l'exercice d'un droit, à l'accomplissement d'un devoir dérivant d'une loi qui touche à l'ordre public (831). Il est, par exemple, de ces lois qui tiennent au droit naturel et à la morale universelle des peuples, et pour l'application desquelles les bonnes mœurs et l'intérêt général de la société exigent que les magistrats soient toujours compétents.

C'est ainsi que le mariage crée pour les époux des droits et des obligations qui les suivent partout, et dont l'observation s'impose à eux en pays étranger, aussi bien que dans leur propre patrie. La femme est obligée d'habiter avec le mari (art. 214, C.

(829) Massé, t. I^{er}, n^o 665, p. 620. — Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 164.— Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I^{er}, § 62, p. 87, n. 21.— Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, p. 146, n. 44.

(830) Demolombe, t. I^{er}, n^o 261, p. 421. — Aubry et Rau, *loc. cit.* — Féraud-Giraud ; *op. cit.*, p. 165. — Paris, 21 mars 1862 ; S., 62, 2, 411.

(831) Bonfils, n^o 204, p. 175. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, p. 146, n. 45.

civ.), et lorsqu'elle méconnaît ce devoir, le mari doit être admis à s'adresser aux tribunaux français pour en obtenir l'accomplissement, et faire ordonner à la femme de réintégrer le domicile conjugal (832).

Aussi, ne saurions-nous approuver un jugement du 18 mai 1861, par lequel le tribunal civil de la Seine (833) s'est déclaré incompétent pour statuer sur une telle demande, en se fondant sur cette considération qu'il y a là une action civile dérivant du fait seul du mariage, qui ne peut être jugée par les tribunaux français; que l'on ne peut attribuer à cette action un caractère provisoire ayant pour objet d'assurer l'existence ou la sécurité de la femme, caractère qui seul, dit le tribunal, pourrait rendre les parties justiciables des tribunaux français.

319.— Le mari est aussi obligé de recevoir la femme et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état (art. 214, C. civ.). La femme pourra également saisir les tribunaux français d'une demande tendant à contraindre le mari à la recevoir et à subvenir à ses besoins (834).

320.— Les tribunaux français seront également compétents pour contraindre l'enfant à rentrer sous l'autorité paternelle qu'il aurait méconnue, ou pour prendre des mesures de sûreté dans son intérêt, et ordonner qu'il restera provisoirement confié à la garde de sa mère ou d'une tierce personne (835).

(832) Féraud-Giraud, *op. cit.*, 1880, p. 169. — Bertauld, *op. cit.*, t. I^{er}, n^o 181; p. 145. — Bastia, 21 mai 1856; S., 71, 2, 45, n. b. — Trib. civ. Evreux, 15 fév. 1861; Dal., 62, 3, 39. — Alger, 6 juin 1870; S., 71, 2, 45.

(833) Dal., 62, 3, 40.

(834) Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, p. 146, n. 45.—Fœlix, t. I^{er}, p. 338. — Paris, 19 déc. 1833; S., 34, 2, 384.— 3 août 1878; *J. dr. int.*, 1878, p. 495.— Trib. civ. Seine, 31 août 1878; *op. cit.*, 1879, p. 66.— 3 mai 1879; *eod. op.*, 1879, p. 489.— 12 août 1879, confirmé par Paris, 20 avril 1880; *eod. op.*, 1880, p. 300.

(835) Féraud-Giraud, *op. cit.*, 1880, p. 169. — Fœlix, t. I^{er}, p. 338. — Paris, 9 mai 1846, *Gazette des trib.*, 12 mai. — 10 juil. 1855; S., 55, 2, 677. — Trib. civ. Seine, 3 fév. 1872; *Rev. dr. int.*, 1872, t. IV, p. 353.

321. — L'étranger pourra encore s'adresser aux tribunaux français pour faire condamner un autre étranger à lui fournir des aliments (836).

La Cour de Paris, par un arrêt du 24 août 1875 (837), s'est cependant déclarée incompétente pour statuer sur une demande en aliments qu'un père avait dirigée contre sa fille. Suivant la Cour, il importe peu que cette demande prenne sa source à la fois dans le droit naturel et dans le droit écrit ; car l'incompétence des tribunaux français pour juger les contestations entre étrangers, est absolue, alors qu'elle est opposée par l'une des parties. Ce principe peut, sans doute, recevoir des exceptions, mais il faut qu'il s'agisse de mesures conservatoires qui peuvent être ordonnées sans toucher au fond du droit, ce qui ne se rencontre pas dans l'espèce, dit la Cour. Cet arrêt nous paraît aussi inexact dans le principe qu'il pose, que peu humain dans l'application qu'il en fait. Les lois qui imposent à certaines personnes l'obligation de se fournir des aliments, rentrent, en effet, dans les lois de police et de sûreté, et trouvent leur fondement dans le droit naturel. Il serait aussi contraire à l'humanité qu'à la dignité d'une nation, qu'un étranger pût impunément laisser périr son proche parent dans les souffrances de la misère et de la faim.

322. — Les tribunaux français ont encore, dans d'autres questions, fait application du principe qu'il leur appartient de prononcer sur les contestations relatives à des intérêts d'ordre public, et, spécialement, le tribunal civil de la Seine (838) s'est reconnu compétent pour statuer sur la demande formée par un étranger, et tendant à la nullité d'un brevet pris en France par un autre étranger. « La délivrance d'un brevet est un acte de la

(836) Bonfils, n° 204, p. 175. — Trib. civ. Seine, 3 mai 1879 ; *J. dr. int.*, 1879, p. 489. — V. cependant, Féraud-Giraud, *op. cit.*, 1880, p. 169.

(837) S., 76, 2, 212.

(838) 26 juil. 1879 ; Dal., 1880, 3, 39.

puissance publique ; les tribunaux français sont essentiellement compétents pour connaître des conditions et des circonstances dans lesquelles un tel acte a été sollicité et obtenu, et pour décider si son bénéfice doit être maintenu au breveté. Il importe peu que les parties entre lesquelles a été soulevée la question de validité du brevet, soient toutes deux étrangères ; le principe que les tribunaux français ne sont point, en matière personnelle et mobilière, tenus de juger entre étrangers, ne peut recevoir son application, lorsqu'il s'agit d'intérêts de droit public et d'actes émanant de l'autorité souveraine. Un brevet constitue une loi d'ordre public, créant un privilège sur toute l'étendue du territoire, et s'imposant au respect de tous par les dispositions pénales qui répriment la contrefaçon... ».

Ajoutons que, bien que la loi du 5 juillet 1844 n'attribue pas, d'une manière expresse, compétence exclusive aux tribunaux français, lorsque la validité d'un brevet est contestée entre étrangers, cependant, il résulte de toute l'économie des dispositions de cette loi que leur compétence est générale, quelles que soient les parties entre lesquelles s'agit le débat (art. 27, 30, 32, 34, 36, 37, 39).

323. — Il est des mesures urgentes que les juges ne sauraient refuser d'ordonner, et qui sont commandées par la nécessité de faire cesser un scandale public, ou d'accorder à ceux qui en ont besoin une protection qui exige, pour être efficace, une prompt solution (art. 3, § 1^{er}, C. civ.). Aussi, doit-on décider que les juges du lieu où se trouvent les personnes ou les biens qui font l'objet de ces mesures, seront toujours compétents pour les ordonner, quelle que soit la nationalité des parties, et alors même qu'ils ne seraient pas compétents pour statuer sur le fond du droit.

C'est ainsi qu'il appartient aux tribunaux français de prendre des mesures provisoires en ce qui concerne la personne et les biens d'un étranger, et de lui nommer, par exemple, un curateur temporaire, quand il est tombé dans un état d'esprit qui le met dans l'impossibilité de se conduire lui-même et de gérer

son patrimoine. Nous pensons même, avec M. Féraud-Giraud (839), qu'il n'est pas nécessaire, en pareil cas, d'une commission rogatoire transmise au tribunal français par l'autorité compétente de la nation de l'étranger (840).

C'est aussi dans ce sens, comme nous aurons l'occasion de le dire en parlant de la jurisprudence italienne (n° 436), que s'est prononcée la Cour de cassation de Turin, qui, tout en déclarant l'incompétence des tribunaux italiens pour prononcer l'interdiction d'un étranger, leur reconnaît cependant le droit de lui nommer un conseil provisoire (841).

C'est pour les mêmes motifs qu'il faut reconnaître aux tribunaux français le pouvoir de prendre des mesures conservatoires et de sûreté dans l'intérêt d'un mineur étranger, et de lui assurer la protection due aux mineurs en France, quelle que soit leur nationalité (841 *bis*).

324. — C'est surtout en matière de séparation de corps que la jurisprudence a eu souvent l'occasion d'appliquer le principe, qu'il appartient aux juges français de prendre les mesures commandées par l'intérêt public, aussi bien que par la nécessité de protéger tous ceux qui habitent le territoire. Par mesure de prudence, de police ou de convenance, et tout en se déclarant incompétents pour statuer sur le fond du procès, les tribunaux ont autorisé la femme à quitter provisoirement le domicile du mari; condamné ce dernier à lui fournir des aliments; ordonné, d'une manière générale, tout ce qui était nécessaire pour l'existence et la sécurité de la femme, la garde des enfants et la conservation des biens. Ces mesures ne sont d'ailleurs que provisoires, et voilà pourquoi, en accordant, par exemple, une pension alimentaire à la femme, les juges lui impartissent un délai dans lequel

(839) *J. dr. int.*, 1880, p. 170.

(840) *Contrà* : Fœlix, t. 1^{er}, p. 339.

(841) 13 juin 1874; *J. dr. int.*, 1874, p. 330, et 1875, p. 46.

(841 *bis*) Demolombe, t. 1^{er}, n° 70, p. 88.

elle sera tenue de former sa demande devant le tribunal compétent, et ordonnent que, faute par elle de le faire dans le délai fixé, le paiement de la pension devra être suspendu (842).

Nous ne pouvons qu'approuver ces différentes décisions, pour les motifs que nous avons indiqués plus haut ; mais nous aurons à nous demander si cette jurisprudence est suffisante, et si nos tribunaux ne doivent pas se déclarer compétents, du moins dans certains cas, pour statuer sur le fond du débat, même en ce qui concerne les questions relatives à l'état des personnes (V. n^{os} 388 et suiv.).

Les auteurs s'accordent également pour reconnaître la compétence des tribunaux français dans les différentes hypothèses que nous venons d'indiquer (843).

325. — Nos tribunaux ne sont pas seulement compétents pour assurer la protection due aux personnes, mais il leur appartient également, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, de prendre des mesures destinées à assurer la conservation des biens (844).

C'est ainsi que des arrêts ont permis à la femme, plaidant en

(842) Paris, 26 avril 1823 ; C. n., 7, 2, 203. — 28 juin 1853 ; Dal., 53, 5, 200. — 14 août 1857 ; *Rev. critique*, 1858, t. XII, p. 133. — Poitiers, 15 juin 1847 ; S., 48, 2, 438. — Lyon, 25 fév. 1857 ; S., 57, 2, 625. — Angers, 20 fév. 1861 ; S., 61, 2, 409. — Metz, 26 juil. 1865 ; S., 66, 2, 237. — Alger, 28 avril 1875 ; *J. dr. int.*, 1875, p. 274. — Trib. civ. Seine, 1^{er} déc. 1877 ; *op. cit.*, 1878, p. 45. — 21 janv. 1880 ; *eod. op.*, 1880, p. 194. — 13 avril 1880 ; *eod. op.*, 1880, p. 303. — 12 août 1881 ; *Le Droit*, 26 août. — 18 août 1881 ; *Le Droit*, 20 août. — Req. rej., 16 avril 1878 ; *J. dr. int.*, 1878, p. 506.

(843) Massé, t. 1^{er}, n^{os} 668 et 669. — Foelix, t. 1^{er}, n^o 162, p. 337 et s. — Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 168 et suiv. — Bonfils, n^o 204, p. 175. — Demangeat, *Condit. des étrang. en France*, p. 392. — Demolombe, t. 1^{er}, n^o 70, p. 87. — Bertauld, *Questions pratiques*, t. 1^{er}, n^o 183, p. 146. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 1^{er}, § 62, p. 87, n. 22. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 bis, p. 144, n. 36. — Massol, *Séparation de corps*, p. 103, n. 2. — Haus, *op. cit.*, n^o 28, 2^o, p. 125, et n^o 103, p. 261.

(844) Féraud-Giraud, *op. cit.*, 1880, p. 170.

séparation de corps, de prendre la gestion d'un fonds de commerce exploité par les deux époux (845) ; ou bien encore de toucher elle-même, à titre de pension alimentaire, les revenus de ses biens (846) ; ou bien encore ont décidé que le produit d'un legs fait à la femme, serait employé en un titre de rente, immatriculé au nom de celle-ci et déposé chez un notaire (847).

Nous avons vu qu'il appartient à nos juges de pourvoir provisoirement à l'administration du patrimoine d'un aliéné ou d'un mineur. La Cour suprême a reconnu aux tribunaux français le pouvoir d'ordonner, par mesure conservatoire, que des valeurs léguées à un mineur étranger, au lieu d'être remises à son père, tuteur et administrateur légal de ses biens, resteraient déposées entre les mains d'un tiers pour être employées par lui à l'éducation et aux besoins du mineur (848).

326. — En matière de succession, les tribunaux français seront compétents quand le litige ne sera relatif qu'à l'exécution de mesures purement conservatoires, sur lesquelles une décision est urgente pour la sauvegarde des intérêts en présence. Tel serait le caractère d'une demande de scellés et d'inventaire touchant les biens délaissés par un étranger en France, encore que la succession soit ouverte en pays étranger et que les héritiers soient tous étrangers (849).

Ils pourraient également, dans les mêmes circonstances, ordonner le dépôt dans un endroit déterminé, de valeurs mobilières faisant partie de la succession (850).

(845) Bonfils, n° 204, p. 175. — Angers, 20 fév. 1861 ; S., 61, 2, 409.

(846) Metz, 26 juil. 1865 ; S., 66, 2, 237.

(847) Req. rej., 16 avril 1878 ; *J. dr. int.*, 1878, p. 506.

(848) Civ. rej., 25 août 1847 ; S., 47, 1, 714.

(849) Féraud-Giraud, *op. cit.*, 1880, p. 170.—Fœlix, t. 1^{er}, n° 162, p. 338 et 339. — Paris, 12 août 1840 ; S., 40, 2, 442.—Trib. civ. Seine, 31 mars 1876 ; *J. dr. int.*, 1877, p. 429.—Dans quels cas les tribunaux français seront-ils compétents pour statuer sur le fond du droit ? (V. *infra*, nos 340 et suiv.)

(850) Féraud-Giraud, *op. et loc. cit.* — Fœlix, *loc. cit.* — Paris, 8 août 1842, sur cassat., S., 47, 1, 646. — Civ. cassat., 18 août 1847 ; S., 47, 1, 645.

Tout en reconnaissant ce droit aux tribunaux français, la Cour de cassation (851) décide cependant que les juges n'ont pu, sans excéder leurs pouvoirs, prononcer une condamnation en dommages-intérêts contre l'étranger détenteur de ces valeurs, pour le cas où il n'en effectuerait pas le dépôt. Sans entrer ici dans l'examen des circonstances dans lesquelles se présentait le débat, afin de voir si elles pouvaient justifier cette décision (852), nous nous contenterons de dire qu'une telle solution ne saurait être admise, en tant que l'on voudrait en faire un principe général, et refuser à nos juges le pouvoir d'accompagner leurs ordres d'une sanction, pour le cas où l'étranger se refuserait à les mettre à exécution. Le jugement qui ordonne une mesure conservatoire, ne peut, en effet, rester lettre morte ; il doit y avoir un moyen de contraindre l'étranger à s'y soumettre, et la compétence de nos tribunaux pour ordonner de telles mesures, emporte nécessairement leur compétence pour en assurer l'exécution. L'indication de ce moyen par le jugement, la sanction coercitive qui y est ajoutée, ne change en rien la nature de la mesure, qui reste toujours conservatoire des droits des parties intéressées.

327. — La jurisprudence belge admet également que la protection due à la personne et aux biens des étrangers, justifie la compétence des tribunaux pour statuer entre eux sur des mesures provisoires ou conservatoires (853).

328. — SAISIE-ARRÊT. — La question de la compétence des tribunaux français pour prendre des mesures conservatoires au profit de personnes de nationalité étrangère, se présente spécialement en matière de saisie-arrêt. Doit-on reconnaître au créancier étranger le droit de saisir-arrêter en France, pour avoir

(851) 18 août 1847, cité à la note précédente.

(852) Féraud-Giraud, *op. cit.*, 1880, p. 170.

(853) Haus, *op. cit.*, n° 103, p. 261 ; n° 109, p. 282, et les arrêts par lui cités à la page 282, n. 3. — Bruxelles, 16 juin 1875 ; *Rev. dr. int.*, 1876, t. VIII, p. 490.

paiement de ce que lui doit un autre étranger, les valeurs qui appartiennent à ce dernier et se trouvent entre les mains d'un tiers français ou étranger ? Le juge français est-il compétent pour autoriser et valider une pareille saisie, bien qu'il ne s'agisse plus ici de ces intérêts élevés qu'il est appelé à garantir, en assurant, par exemple, l'existence et la sécurité de la femme, ou en donnant un administrateur provisoire à la personne d'un mineur ou d'un fou ? Cette difficulté, de nature à être soulevée fréquemment dans la pratique, mérite d'attirer toute notre attention, d'autant plus qu'elle a été résolue en sens divers par les auteurs et la jurisprudence.

Cette question est complexe, et nous pensons qu'il y a lieu de distinguer, d'une part, la saisie-arrêt en elle-même et la défense de payer adressée au tiers saisi, et, d'autre part, l'appréciation de la validité de cette saisie quant à sa forme ou à la valeur du droit qui en est le fondement. La saisie-arrêt présente, en effet, un double caractère : si, dans ses résultats, elle aboutit à un acte d'exécution, elle n'en reste pas moins, dans sa nature et dans son principe, un acte conservatoire et de pure précaution (854). Aussi, quoique le législateur ait placé la saisie-arrêt au nombre des voies d'exécution forcée, dans les premiers articles du titre VII du livre V, 1^{re} partie, du Code de procédure, il dispense expressément cette saisie de la condition fondamentale des voies d'exécution, de l'existence d'un titre exécutoire entre les mains du créancier qui poursuit, reconnaissant ainsi que cette mesure, au moins dans son principe, ne constitue pas à proprement parler un acte de véritable exécution. D'après les articles 557 et 558, C. pr., non-seulement il n'est pas nécessaire que le titre authentique soit revêtu de la formule exécutoire, conformément aux articles 545 et 551 C. pr., mais le créancier peut opérer la saisie-arrêt en vertu d'un simple titre privé ; il peut même, en l'absence de titre, être autorisé à le faire par le juge du domicile du débiteur ou du tiers saisi.

(854) Bordeaux, 24 mai 1869 ; S., 70, 2, 23. — 12 juil. 1880 ; Dal., 80, 2, 232.

329. — Il ne faut établir aucune différence entre les Français et les étrangers, en ce qui concerne la mesure conservatoire dont il est question dans l'article 557, C. pr., et, dès lors, il faut reconnaître au créancier étranger, comme au créancier français, le droit de pratiquer en France une saisie-arrêt, bien que le débiteur soit aussi un étranger non domicilié en France. Cette solution doit être maintenue, peu importe que le titre du créancier étranger soit ou non revêtu de la formule exécutoire, qu'il soit authentique ou sous seing privé, qu'il ait été passé en France ou à l'étranger, et que les deux obligations soient payables en France ou hors de France.

Par un arrêt du 31 janvier 1873 (855), la Cour de Paris a décidé que le jugement de faillite étranger doit avoir été rendu exécutoire, pour qu'il puisse être considéré comme un titre autorisant le syndic étranger à faire saisie-arrêt en France (856). Nous ne saurions approuver cette décision, et nous croyons, au contraire, que le jugement étranger de faillite, ou autre, doit par lui-même et indépendamment de tout *exequatur*, être regardé comme un titre suffisant pour la saisie, car il est impossible de lui refuser une efficacité au moins égale à celle d'un titre privé (857).

Si l'étranger n'est porteur d'aucun titre, le président du tribunal peut-il user de la faculté que lui donne l'article 558, C. pr., et autoriser la saisie-arrêt? Notre solution ne saurait être différente de la précédente, et nous appliquerons l'article 558 aux étrangers, comme aux nationaux. Le juge aura à voir, d'après les circonstances et les probabilités, s'il convient d'accorder à ce prétendu créancier une permission à cet effet, et l'on comprend qu'en fait il ne l'accordera pas facilement, surtout quand la créance alléguée comme fondement de la saisie, aura pris nais-

(855) S., 74, 2, 33.

(856) V. dans le même sens, Griollet, *Note* sous un arrêt de la Cour de cassation ; Dal., 68, 1, 369.

(857) V. dans ce sens, une *note* de notre savant maître M. Dubois, sous l'arrêt précité de Paris. — Demangeat, *Rev. pratique*, 1856, t. 1^{er}, p. 386.

sance à l'étranger. Mais enfin, si le créancier parvient à convaincre le juge de son existence, on ne voit pas comment, en droit, on pourrait soutenir qu'une telle permission n'a pas la même valeur que celle qui est accordée à un Français. Cette solution qui se justifie par la disposition même de l'article 558, C. pr., qui ne fait aucune distinction, est également commandée par l'équité et par l'intérêt des Français eux-mêmes (858).

La Cour d'Aix, entraînée par cette circonstance que l'obligation avait été contractée et devait être exécutée hors de France, a cependant consacré une solution contraire (859). Mais une telle distinction doit être rejetée, dès qu'il ne s'agit que de mesures conservatoires ; car l'ordonnance qui autorise la saisie ne préjuge en rien la question de compétence sur la demande en validité. Ce sont là deux questions distinctes, et l'on comprend que le magistrat appelé à donner cette autorisation, ne soit pas nécessairement le même que celui qui aura à apprécier la validité de la saisie (860). Si le juge doit examiner les documents que lui fournit l'étranger et apprécier la valeur de sa demande, on ne peut dire qu'il y a dans son autorisation un véritable jugement statuant sur une contestation entre étrangers, puisqu'il ne s'agit

(858) Féraud-Giraud, *op. cit.*, 1880, p. 234, 235. — Bonfils, n° 205, p. 178 et 179. — Fœlix, t. I^{er}, n° 162, p. 337. — Demangeat, sur Fœlix, t. I^{er}, p. 341, n. a ; *Condit. des étrang.*, n° 85, p. 392, et *Rev. pratique*, t. I^{er}, p. 385 et s. — DeBelleye, *Ord. sur requêtes et sur référés*, t. I^{er}, p. 183. — Massé, t. I^{er}, n° 668. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 bis, p. 149 et 150. — Haus, *op. cit.*, p. 125 et 126. — Dal., *Répert.*, V^o Dr. civil, n° 332. — Nouguiér, *Trib. de com.*, t. II, p. 423. — Bertauld, *Quest. pratiques*, t. I^{er}, n° 202. — Aix, 6 janv. 1831 ; S., 31, 2, 43. — Paris, 5 août 1832 ; S., 33, 2, 20. — Paris, 8 avril 1874 ; S., 76, 2, 144. — Trib. com. Marseille, 13 fév. 1880 ; *J. dr. int.*, 1880, p. 302. — *Contrà* : Carré et Chauveau, t. IV, Question 1933 bis, p. 569.

(859) 13 juil. 1831 ; S., 33, 2, 45. — V. également, Paris, 6 août 1817 ; C. n., 5, 2, 314. — 24 avril 1841 ; S., 41, 2, 537. — Bordeaux, 16 août 1817 ; C. n., 5, 2, 316. — Douai, 12 juil. 1844 ; S., 44, 2, 491.

(860) Paris, 26 janv. 1861 ; S., 61, 2, 273.

que de maintenir les choses en l'état jusqu'au jugement de validité de saisie-arrêt.

329 *bis*. — Nous ne pouvons donc qu'approuver la jurisprudence qui se déclare compétente pour prendre de telles mesures à l'égard des étrangers. Toutefois, il est encore permis de se demander jusqu'à quel point cette solution est une conséquence bien logique du principe de l'incompétence des tribunaux français à l'égard des étrangers. Il ne s'agit, nous le voulons bien, que d'une mesure conservatoire ; mais enfin, si les tribunaux n'ont été institués que pour rendre la justice aux nationaux, et si les différentes raisons alléguées à l'appui de ce prétendu principe sont réellement fondées, on ne voit pas trop pourquoi, dans une rigoureuse logique, elles cesseraient de produire leurs effets, par cela seul que la justice n'exige qu'une mesure conservatoire au lieu d'une décision sur le fond. Et voilà bien pourquoi la Cour de Bordeaux a décidé que les tribunaux français ne sont pas compétents pour ordonner une saisie-arrêt en France au profit d'un étranger, sur une somme appartenant à un autre étranger. « Considérant, porte l'arrêt, que les tribunaux qui sont investis par le souverain du pouvoir de rendre la justice, doivent restreindre l'exercice de ce droit dans les limites qui sont tracées par le droit civil » (861).

Nous reconnaissons nous-mêmes que les lois de police et de sûreté ne comprennent pas seulement celles dont l'exécution est garantie par une sanction pénale ; mais il est bien difficile de décider que la mesure dont il s'agit constitue une loi de police et de sûreté, à moins de faire rentrer dans cette catégorie de lois la plus grande partie de notre législation actuelle.

330. — Tout ce que nous venons de dire s'applique indistinctement dans le cas où le tiers saisi est français, et dans celui où il serait lui-même étranger. La défense faite à ce tiers sera obligatoire pour lui s'il est français, et fautive par lui de s'y confor-

mer, il pourra être traduit devant le tribunal de son domicile et condamné à indemniser le saisissant (art. 15, C. civ.). S'il est étranger, il devra encore respecter la défense qui lui a été signifiée, et les tribunaux français seront également compétents pour le condamner envers le saisissant, à raison de paiements faits au mépris de la saisie.

En vain dirait-on qu'il y a là une action personnelle entre étrangers. Cette objection nous touche peu, puisque nous admettons le principe de la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers. Du reste, la jurisprudence, tout en admettant un principe contraire au nôtre, se reconnaît le droit de prendre des mesures conservatoires entre étrangers, et, dès lors, à moins d'ordonner des mesures tout à fait illusoires, elle doit avoir aussi le droit d'en assurer l'exécution par une sanction (862).

331. — Jusqu'ici, la saisie-arrêt ne nous apparaît guère que comme un acte conservatoire ; mais, pour que le créancier arrive au but final qu'il s'est proposé d'atteindre, il doit, dans un certain délai déterminé par l'article 563, C. pr., dénoncer la saisie-arrêt au débiteur saisi et l'assigner en validité. C'est alors que se présente une nouvelle difficulté, celle de savoir si les tribunaux français sont compétents pour valider cette saisie, ou pour la déclarer nulle ou mal fondée.

Nos tribunaux seront autorisés à accueillir la demande, toutes les fois que le créancier aura un titre exécutoire, soit qu'il émane d'une autorité française, soit qu'il émane d'une autorité étrangère et ait été au préalable rendu exécutoire en France. Les tribunaux français sont, en effet, compétents pour statuer sur l'exécution en France des titres français, ou des titres étrangers qui ont reçu la force exécutoire de la juridiction française. Compétents pour cette exécution, ils doivent l'être également pour l'examen de la régularité des actes de procédure exigés pour sa validité (863).

(862) Demangeat, *Rev. pratique*, t. 1^{er}, p. 393 ; et, sur Fœlix, *loc. cit.* — Bonfils, n° 205, p. 180.

(863) Féraud-Giraud, *op. cit.*, 1880, p. 235. — Fœlix, t. 1^{er}, n° 161,

332. — La même solution peut-elle être donnée, quand le créancier n'est pas porteur d'un titre exécutoire, et, spécialement, quand la saisie n'a été faite qu'en vertu d'un titre privé ou avec la permission du juge?

Ici encore, nous pensons qu'on ne saurait refuser à nos tribunaux, d'une manière absolue, le pouvoir de statuer sur la demande en validité de la saisie. En effet, le créancier qui s'adresse dans ce but aux tribunaux, leur demande de reconnaître à son profit l'existence d'un droit qui servira de fondement à la saisie. On comprend donc que, dans tous les cas où, malgré l'extranéité des parties, le juge français est compétent pour statuer sur le fond et condamner le défendeur étranger, il puisse également statuer sur la validité de la saisie qui n'est, en réalité, que la conséquence de la condamnation qu'il est appelé à prononcer. Il possède, en effet, les pouvoirs nécessaires pour apprécier les différents éléments de validité de la saisie ; car il est, nous le supposons, compétent pour retenir la connaissance de la contestation, et, dès lors, il doit l'être également pour apprécier, au point de vue de la forme, des actes de procédure qui n'ont eu d'autre but que d'arriver à l'exécution du droit reconnu au profit du saisissant.

De la règle que nous venons de poser, il résulte que le tribunal français sera compétent pour valider la saisie-arrêt, non-seulement dans le cas où le débiteur saisi aura en France un domicile, autorisé ou non par le Gouvernement (art. 567, C. pr.), mais encore toutes les fois que la connaissance du litige lui appartiendra, en vertu de l'une ou de l'autre des règles indiquées au cours de cette étude, et, notamment, lorsqu'on se trouvera dans l'un des cas prévus par l'article 420 du Code de procédure, ou que

p. 336, et n° 163, p. 341. — Demangeat, sur Fœlix, p. 341, note *a*, et *Rev. pratique*, t. I^{er}, p. 387. — Massé, t. I^{er}, n° 668, p. 623. — Bonfils, n° 207, p. 181. — Paris, 5 août 1832 ; S., 33, 2, 20. — 7 janv. 1833 ; S., 33, 2, 245. — 17 mai 1836 ; S., 36, 2, 309.

l'étranger défendeur aura renoncé expressément ou tacitement à opposer l'exception d'incompétence (863*bis*). Il nous paraît, en effet, bien difficile d'admettre que le tribunal français compétent pour statuer sur un litige, alors qu'il ne s'agit que d'une demande en condamnation, cesse de l'être, par cela seul que le demandeur aura conclu à la validité d'un acte d'exécution, comme conséquence de cette condamnation. Cette compétence une fois admise, il nous paraît plus difficile encore de soutenir qu'il ne pourrait apprécier, au point de vue de la forme, régie par la loi française, la validité d'un acte qui a pour cause et pour fondement le droit qu'il a reconnu au profit du créancier.

333.— Mais, si le tribunal français est incompétent pour statuer sur le fond de la cause, et s'il ne s'agit pas pour le créancier de l'exécution d'un titre paré, nous croyons que la demande en validité devra être portée devant le tribunal du domicile du débiteur saisi (864). Le motif qui nous fait admettre cette règle n'est pas assurément l'incompétence des tribunaux français pour connaître des contestations entre étrangers, comme le dit un jugement du tribunal de la Seine (865) ; car nous reconnaissons que la justice est due aux étrangers, comme aux nationaux. La raison décisive, pour nous, se trouve dans l'article 567 du Code de procédure qui est ainsi conçu :

« La demande en validité, et la demande en main-levée formée par la partie saisie, seront portées devant le tribunal du domicile de la partie saisie » (866).

(863 *bis*) Douai, 10 nov. 1854 ; Dal., 55, 2, 104.

(864) M. Griotet, (*note* ; Dal., 68, 1, 369), admet bien, comme nous, que l'article 567 du Code de procédure doit être appliqué, et que le tribunal du domicile du saisi est seul compétent pour statuer sur la validité de la saisie ; mais il admet en même temps que ce tribunal ne saurait être qu'un tribunal français, et il en conclut que la saisie est impossible, toutes les fois que le débiteur saisi n'a pas son domicile en France.

(865) 8 août 1872 ; S., 76, 2, 144.

(866) Sur l'application de cet article aux saisies faites entre étrangers, voyez la *note* de M. Dubois, sous un arrêt de Paris ; S., 76, 2, 144.

Sans doute, le tribunal français serait compétent, malgré l'extranéité des parties, pour prononcer sur la validité, si le tribunal du lieu de la saisie était compétent, comme dans notre ancien droit, et comme dans plusieurs législations étrangères, notamment dans les Pays-Bas et en Belgique ; mais, en présence de l'article 567, C. pr., il nous paraît impossible de donner une autre solution. Si nous admettons que l'étranger a droit à la justice, comme le Français, nous admettons aussi qu'il ne peut imposer à nos tribunaux une juridiction qui ne résulte pas de nos lois de procédure.

On objecte, il est vrai, que c'est enlever au créancier l'occasion peut-être unique d'obtenir paiement. Mais nous répondons que le danger n'existe pas, car la question de compétence sur la validité de la saisie, comme le fait remarquer la jurisprudence elle-même (867), est tout à fait distincte de celle sur la saisie, et n'empêche pas nos tribunaux de prendre et de maintenir, au profit d'un étranger, une mesure conservatoire jusqu'au jugement étranger sur la valeur du droit qui en est le fondement.

On objectera peut-être aussi que le juge étranger devra voir si la saisie a été faite selon les formes de la loi française. Sans doute, mais nous ne voyons pas que cette obligation forme nécessairement obstacle à la solution que nous avons adoptée. Le juge étranger appliquera la loi française, de même que le tribunal français aura, le cas échéant, à apprécier la validité de la saisie-arrêt faite à l'étranger, d'après la loi étrangère.

Il est vrai encore qu'il y aura un circuit d'actions, et que le jugement étranger devra être mis à exécution en France ; mais on n'évite pas cet inconvénient dans la doctrine contraire, puisqu'on reconnaît la compétence du juge étranger pour statuer sur le point de savoir si le saisissant est créancier du débiteur saisi.

Le tribunal français, incompétent pour statuer sur la validité

(867) Paris, 8 avril 1874 ; S., 76, 2, 144.

de la saisie, aura toujours le droit de la maintenir comme mesure conservatoire et de prononcer le sursis, à la condition toutefois que la saisie soit suivie des dénonciation et assignation dans les délais exigés par la loi.

Contre notre solution, on ne saurait invoquer l'analogie qui existerait entre l'hypothèse que nous prévoyons et celle où il s'agit d'une saisie entre Français pour sûreté d'une créance commerciale. Dans ce dernier cas, il est vrai, le tribunal civil surseoit à statuer sur la validité jusqu'au jugement du tribunal de commerce sur le fond du droit ; mais la même solution ne peut être donnée dans la difficulté qui nous occupe. En effet, pour que le tribunal français puisse retenir la question de validité, tout en renvoyant devant le tribunal qui doit connaître du fond, il faut supposer reconnue sa compétence pour statuer sur la validité de la saisie, et c'est précisément ce droit que nous lui refusons. Nous reconnaissons, au contraire, la compétence du tribunal civil pour connaître de la validité de la saisie faite pour sûreté d'une créance commerciale (868).

334 — La jurisprudence, après avoir décidé que les tribunaux français sont incompétents pour statuer sur la validité de la saisie-arrêt (869), est revenue sur sa première interprétation, et suit aujourd'hui une pratique qui peut se résumer ainsi : Le tribunal devant lequel est portée la demande en validité, bien que non autorisé à valider la saisie quant au fond, peut cependant

(868) Limoges, 4 juin 1856 ; S., 56, 2, 467. — Grenoble, 14 mars 1857 ; S., 58, 2, 583. — Alger, 8 février 1860 ; S., 61, 2, 301. — Montpellier, 31 janvier 1874 ; S., 74, 2, 255.

(869) Paris, 6 août 1817 ; C. n., 5, 2, 314. — 24 avril 1841 ; S., 41, 2, 537. — Bordeaux, 16 août 1817 ; C. n., 5, 2, 316. — Douai, 12 juil. 1844 ; S., 44, 2, 491. — Trib. civ. Seine, 8 août 1872, rapporté sur l'arrêt de Paris qui l'infirmé ; S., 76, 2, 144. — V. dans le même sens, Fœlix, t. I^{er}, n° 163, p. 340. — Carré et Chauveau, t. IV, Questions 1933 *bis* et 1953 *quater*. — MM. Aubry et Rau, dans leur 3^e édition, avaient également enseigné cette doctrine qu'ils ont abandonnée dans la dernière édition. V. la note suivante.

la déclarer valable en la forme, et la maintenir provisoirement comme mesure conservatoire ; mais il impartit en même temps au demandeur un délai dans lequel il doit, à peine de déchéance, justifier qu'il a porté sa réclamation devant le tribunal étranger compétent. Dès que le juge étranger aura statué, le tribunal français examinera le jugement pour lui donner la force exécutoire, et prononcera ensuite la validité de la saisie-arrêt (870).

335. — Remarquons, en terminant, que la solution que nous avons cru devoir adopter sur cette question si délicate, ne présentera aucun danger pour le tiers saisi français, malgré l'article 570, C. pr., aux termes duquel le tiers saisi sera assigné devant le tribunal qui doit connaître de la saisie. En effet, l'article 571 lui permet, s'il n'est pas sur les lieux, de faire sa déclaration devant le juge de paix de son domicile, et, si cette déclaration est contestée, il peut, d'après l'article 570, demander son renvoi devant son juge (870 *bis*).

336. — La jurisprudence belge admet la compétence des tribunaux du pays pour autoriser une saisie-arrêt, même entre étrangers, sur des objets qui se trouvent en Belgique. Elle décide, comme la jurisprudence française, qu'il appartient aux juges de maintenir provisoirement la saisie, et d'en prononcer définitivement la validité, après qu'il aura été statué sur le fond du droit par le juge étranger compétent (871).

(870) Dans le sens de cette jurisprudence, V. Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 235. — Bonfils, n° 205, p. 177. — Massé, t. I^{er}, n° 668, p. 622. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I^{er}, § 62, p. 86, n. 12. — Demangeat, sur Fœlix, t. I^{er}, p. 341, n. a. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, p. 150. — Aix, 6 janv. 1831 ; S., 33, 2, 43. — Paris, 18 avril 1846 ; Dal., 46, 4, 273. — 19 janv. 1850 ; S., 50, 2, 462. — 4 janv. 1856 ; S., 56, 2, 170. — 8 avril 1874 ; S., 76, 2, 145. — Civ. rej., 23 mars 1868 ; S., 68, 1, 328. — Trib. civ. Seine, 6 mars et 10 avril 1880 ; *J. dr. int.*, 1881, p. 60, et 1880, p. 301.

(870 *bis*) L'article 570, C. pr., s'applique d'ailleurs au tiers saisi étranger comme au tiers saisi français. Paris, 5 fév. 1848 ; S., 48, 2, 186.

(871) Haus, *op. cit.*, n° 28, 2^e, p. 125. — Trib. civ. Gand, 6 avril et 27

D'après la nouvelle loi belge du 25 mars 1876 (art. 52, n° 5), un étranger peut être assigné devant les tribunaux du royaume, soit par un belge, soit par un étranger, s'il s'agit de demandes en validité ou en main-levée de saisies-arrêts formées dans le royaume.

§ 3. — *Application de l'article 59, § 2, C. pr.*

337. — Le législateur, dans le but d'éviter la multiplicité des frais et des procès, et la contradiction dans différentes décisions judiciaires, a permis au demandeur, lorsqu'il y a plusieurs défendeurs, de les assigner tous, à son choix, devant le tribunal du domicile de l'un d'eux. Il faut, en vertu de cette disposition, reconnaître la compétence des tribunaux français pour statuer sur la demande formée par un étranger contre un autre étranger, lorsque, parmi les défendeurs, il s'en trouve un qui est soumis à la juridiction de ces tribunaux (872).

Cette solution suppose évidemment que, si les défendeurs ne sont pas tenus d'une obligation solidaire ou indivisible, il existe au moins, entre les intérêts du Français et ceux de l'étranger, un lien suffisant qui justifie l'application de l'article 59, § 2 (873). Si l'intérêt de l'étranger défendeur était tout à fait indépendant de celui du Français appelé avec lui, il pourrait demander la disjonction de la cause et son renvoi devant les juges qui doivent en connaître.

Il en serait de même, dans l'hypothèse où le défendeur français n'aurait été mis en cause que pour éluder la loi, et dans le

déc. 1870; *Rev. dr. int.*, 1872, t. IV, p. 151. — Bruxelles, 18 juil. 1870; *op. et loc. cit.* — 30 juil. 1874; *eod. op.*, p. 493. — Trib. civ. Anvers, 25 nov. 1871; *eod. op.*, p. 654.

(872) Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. I^{er}, § 62, p. 87, n° 7. — Fœlix, t. I^{er}, p. 332, n. 1. — Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 171. — Bonfils, n° 213.

(873) Paris, 8 mai 1863; *Dal.*, 63, 2, 73. — 20 mars 1879; *Dal.*, 80, 2, 193.

but de distraire le défendeur étranger de son juge naturel. C'est là une réserve pleine de sagesse et d'équité, dont le principe est admis sans difficulté, lorsqu'il s'agit de contestations nées entre Français (874). Ce principe doit être admis à plus forte raison, quand il ne s'agit plus seulement de traduire un défendeur devant un tribunal autre que celui de son domicile, mais bien de le soustraire à la juridiction des juges de son pays, et de le contraindre à aller plaider devant un tribunal étranger, peut-être fort éloigné (875).

Les motifs sur lesquels est fondée la disposition de l'article 59, § 2, C. pr., se rencontrent ici dans toute leur force ; car il y a un véritable intérêt pour l'étranger à soumettre à une juridiction unique une demande dirigée contre des défendeurs français et étrangers, au lieu d'être obligé, en vertu de la règle : *Actor sequitur forum rei*, de diviser ses poursuites et d'intenter deux actions distinctes devant deux juridictions éloignées appartenant à des Etats différents, et exposées à rendre des décisions contradictoires sur la même contestation. Cet intérêt, quelque digne de faveur qu'il puisse paraître, ne suffirait cependant pas pour justifier la solution que nous avons donnée ; mais nous avons un texte, l'article 59, § 2, C. pr., et cette disposition est applicable aux procès entre étrangers, aussi bien qu'aux contestations entre Français. C'est la conséquence du principe que nous avons admis, à savoir que les tribunaux français sont, en principe, compétents à l'égard des étrangers, et que les articles du Code de procédure leur sont applicables comme aux nationaux. En vertu de ce principe, nous avons décidé que l'étranger domicilié en France pouvait être traduit par un autre étranger devant le tribunal de son domicile ; nous avons ajouté que, s'il n'avait

(874) Caen, 24 mars 1862 ; Dal., 63, 2, 182. — Paris, 8 mai 1863, cité à la note précédente. — Angers, 10 déc. 1869 ; Dal., 70, 2, 82. — Aix, 13 août 1870 ; Dal., 72, 2, 161. — Dijon, 25 janv. 1872 ; Dal., 73, 2, 99.

(875) Paris, 20 mars 1879 ; Dal., 80, 2, 193.

aucun domicile connu hors de France, il pouvait être traduit devant le tribunal de sa résidence en France. De même, aux termes de l'article 59, § 2, et en supposant réunies les conditions dont nous avons parlé, il pourra être obligé d'aller plaider devant le tribunal du domicile du Français, défendeur à la même action.

338. — Cette doctrine a été également consacrée par plusieurs arrêts (876). Cette jurisprudence nous paraît fort peu logique dans ses décisions. Pourquoi autorise-t-elle le demandeur étranger à soustraire le défendeur à son juge naturel et à l'appeler devant un tribunal français ? C'est, sans aucun doute, en vertu de l'article 59 ; mais cet article s'applique-t-il aux procès entre étrangers ? Assurément non, si l'on applique rigoureusement le principe de cette jurisprudence ; car, d'après elle, la justice n'est pas due aux étrangers ; les tribunaux ne sont institués que pour les nationaux, et, dès lors, leur compétence générale n'existant pas à l'égard des étrangers, il est impossible de leur faire application de l'article 59, § 2, qui suppose reconnue cette compétence générale et n'a pour but que de déterminer, parmi les tribunaux français, celui qui doit connaître de l'affaire. La Cour de Paris elle-même n'a-t-elle pas décidé que l'étranger résidant en France, n'est pas, par cela seul, justiciable des tribunaux français, alors même qu'il n'aurait conservé aucun domicile dans son pays (877) ? Pourquoi donc cette Cour, qui refuse en 1870 d'appliquer aux étrangers l'article 59, § 1^{er}, décide-t-elle implicitement en 1879 (878) que cet étranger peut être cité en

(876) Req. rej., 2 fév. 1832 ; S., 32, 1, 133. — Trib. civ. Seine, 24 déc. 1833 ; *Gazette des trib.*, 5 janv. 1834. — Paris, 28 mars 1873 ; *J. dr. int.*, 1875, p. 19. — Aix, 25 janv. 1876 ; *op. cit.*, 1877, p. 226. — Paris, 20 mars 1879, cité à la note précédente. — V. aussi, Paris, 19 déc. 1876 ; *op. cit.*, 1877, p. 39.

(877) 23 juil. 1870 ; Dal., 71, 2, 24.

(878) 20 mars 1879, cité à la note 875.

France, en vertu de l'article 59, § 2, lorsque l'action n'a pas pour but de soustraire le défendeur à la juridiction de son juge naturel ? Ici encore, nous pouvons donc constater à quels résultats arbitraires et contradictoires conduit le système de la jurisprudence, qui, tantôt fait application de son prétendu principe, tantôt y apporte des dérogations, sans qu'il soit bien facile de trouver un motif juridique, susceptible de justifier de pareilles distinctions.

§ 4. — *Application de l'article 59, § 5.*

339. — Nous avons vu que l'étranger défendeur est justiciable des tribunaux français quand il a son domicile en France (art. 59, C. pr.), et nous venons de décider qu'il pourra encore être traduit devant ces tribunaux, toutes les fois que la demande sera dirigée contre plusieurs défendeurs et portée sans fraude devant le juge du domicile de l'un des défendeurs français (art. 59, § 2).

Aux termes de l'article 59, § 5 : « En matière de société, le défendeur sera assigné, tant qu'elle existe, devant le juge du lieu où elle est établie ». Nous appliquerons encore cette disposition aux sociétés formées en France par des étrangers, comme nous leur avons appliqué les dispositions précédentes du même article. Il en résulte, notamment, que le tribunal de ce lieu sera compétent pour statuer sur les actions qu'un associé étranger pourrait avoir à exercer contre son coassocié également étranger, en comprenant au nombre de ces demandes, comme on l'a fait pour les Français eux-mêmes, l'action en rescision de partage et l'action en garantie (879). Les tribunaux français seront, au contraire, incompétents pour connaître des contestations entre associés étrangers, à raison d'une société établie à l'étranger.

Nous n'avons rien de particulier à dire, en ce qui concerne les

(879) Arg. art. 822 et 1872, C. civ. — Boitard, t. I^{er}, p. 105.

demandes qui pourront être dirigées par ou contre une société étrangère, car nous avons vu, en parlant des articles 14 et 15, à quelles conditions une telle société peut être admise à ester en justice en France, soit en demandant, soit en défendant (V. n^{os} 11 et suiv., n^{os} 162 et suiv.).

§ 5. — *Application de l'article 59, § 6.*

340. — « Attendu, dit la Cour de cassation, que les tribunaux français sont incompétents pour statuer sur les contestations entre étrangers et relatives à la succession d'un étranger » (880).

Nous ne saurions admettre cette proposition, ainsi formulée d'une manière absolue. En matière de succession, l'article 59, § 6, attribue compétence au tribunal du lieu où la succession est ouverte, pour les demandes entre héritiers jusqu'au partage inclusivement ; pour les demandes qui seraient intentées par des créanciers du défunt avant le partage ; pour les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort, jusqu'au jugement définitif. Cette disposition doit d'ailleurs être combinée avec l'article 822 du Code civil, et, d'après le § 2 de cet article, c'est encore devant ce tribunal qu'il est procédé aux licitations et que doivent être portées les demandes relatives à la garantie des lots entre copartageants, et celles en rescision du partage. Mieux que tout autre, ce tribunal peut, en effet, apprécier et instruire ces demandes en parfaite connaissance de cause, rapidement et avec économie ; car c'est, en général, au domicile du défunt que se trouvent la masse des biens à partager, les papiers à consulter, les documents à recueillir ; c'est là que se réunissent tous les héritiers, et là qu'on sera sûr de les trouver.

Puisque les tribunaux français sont, en principe, compétents pour connaître des procès entre étrangers, et que le législateur n'a édicté aucune règle spéciale en ce qui concerne ces procès,

nous ferons ici application de ces différentes dispositions. Les tribunaux français seront donc compétents pour statuer sur les demandes dont nous venons de parler, quelle que soit la nationalité des parties en cause, toutes les fois que la succession sera ouverte en France (881).

Cette solution doit être admise, peu importe que le défunt soit français ou étranger, domicilié en France; et nous la maintiendrons également, non-seulement lorsque tous les biens se trouvent en France, mais encore lorsqu'ils sont situés dans des pays différents. « C'est dans la nature des actions intentées, dit M. Dubois, et dans l'intérêt bien entendu des plaideurs qu'il faut chercher ici des raisons de décider. Or, la solution qui s'impose, si l'on se place à ces deux points de vue, c'est l'unité de juridiction. En effet, d'un côté, les actions en pétition d'hérédité et en partage ayant pour objet le patrimoine du défunt, c'est-à-dire une universalité, sont universelles de leur nature, et, par conséquent, doivent être exercées d'une manière indivisible devant un tribunal unique. D'un autre côté, l'intérêt évident des parties est d'éviter l'aggravation des frais, et surtout la possibilité d'une contrariété dans les jugements. Cela étant, où placer le siège de cette juridiction unique, si ce n'est au lieu de l'ouverture de la succession, qui est en même temps et nécessairement celui du domicile du défunt? Toute autre solution

(881) Demangeat, sur Foelix, t. I^{er}, n^o 159, p. 334, n. a. — Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 153. — Civ. cassat., 7 nov. 1826; C. n., 8, 1, 442. — Req. rej., 2 fév. 1832; S., 32, 1, 133. — Orléans, 4 août 1859; S., 60, 2, 37. — Req. rej., 19 avril 1859; S., 59, 1, 411. — Toulouse, 7 déc. 1863; S., 64, 2, 241. — Paris, 12 août 1873, confirmé par req. rej., 7 juil. 1874; S., 75, 1, 19. — Bordeaux, 19 août 1879; *J. dr. int.*, 1880, p. 586. — Trib. civ. Albi, 2 mars 1881; *Le Droit*, 21 et 22 mars 1881. — *Contrà*: Paris, 13 mars 1850; S., 51, 2, 791. — V. aussi, Paris, 28 juin 1834; S., 34, 2, 385. Par cet arrêt, la Cour de Paris a, sans doute, reconnu sa compétence pour statuer sur une action héréditaire, mais ce n'est qu'après avoir posé le principe de la compétence *facultative* et indiqué les circonstances qui l'autorisaient à retenir la connaissance de l'affaire.

serait arbitraire » (882). Conformément à cette idée, la Cour de Besançon a décidé que le tribunal français de l'ouverture d'une succession est seul compétent pour en ordonner la liquidation et toutes les opérations qui s'y rattachent, alors même que des immeubles seraient situés à l'étranger (883).

341. — Les tribunaux étrangers seront, au contraire, seuls compétents, si la succession est ouverte à l'étranger (884), quelle que soit d'ailleurs la situation des biens (885).

342. — Les tribunaux français seront toujours compétents pour prendre des mesures conservatoires, alors même qu'il ne leur appartiendrait pas de statuer sur le fond du débat, en ce qui concerne les actions héréditaires dont nous avons parlé. Nous avons déjà eu l'occasion de faire application de cette règle, en

(882) *J. dr. int.*, 1875, p. 141, note 3. — Antoine, *Suc. en dr. int. privé*, p. 132. — V. aussi, req. rej., 19 avril 1852; S., 52, 1, 801. — *Contrà* : Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 147. — Toulouse, 7 déc. 1863; S., 64, 2, 241. — Req. rej., 19 avril 1859; S., 59, 1, 411. — Le traité de 1869 avec la Suisse et celui de 1874 avec la Russie attribuent compétence aux tribunaux de l'Etat auquel appartient le défunt, et non au tribunal du domicile. Remarquons, d'autre part, que le traité avec la Russie n'a pas consacré le principe de l'unité de juridiction (art. 10). — V. nos 242 et 279.

(883) 28 juil. 1875; S., 76, 2, 20. — V. également, Paris, 14 janv. 1873; Dal., 74, 2, 234.

(884) Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 152, n° 8. — Paris, 22 juil. 1815; C. n., 5, 2, 53. — 29 mars 1862, sur cassat.; S., 65, 1, 175. — Civ. cassat., 22 mars 1865; S., *loc. cit.*

(885) Antoine, *Succession en droit international privé*, p. 132 et 133. — V. aussi les observations de M. Dubois, sous un arrêt de la Cour de Turin; *J. dr. int.*, 1875, p. 141. — *Contrà* : Féraud-Giraud, *loc. cit.*, p. 146. — Bonfils, n° 40, p. 35. — Foelix, t. 1^{er}, n° 160, p. 335. — Colmar, 12 août 1817; C. n., 5, 2, 316. — Civ. cassat., 14 mars 1837; S., 37, 1, 195. — Req. rej., 10 nov. 1847; S., 48, 1, 52. — Civ. cassat., 22 mars 1865; S., 65, 1, 175. — Ces arrêts admettent la compétence exclusive des tribunaux français pour les immeubles situés en France, alors même que la succession est ouverte à l'étranger. — V. aussi le traité de 1874 avec la Russie (art. 10); S., 1874, 3, 556.

parlant spécialement des mesures conservatoires et d'urgence que les juges français ont le droit et même le devoir de prendre, relativement aux personnes et aux biens qui se trouvent sur le territoire français (886) (V. n° 326).

Les consuls d'une nation pourront également intervenir pour faire respecter les intérêts de leurs nationaux absents ou insuffisamment représentés, et prendre les mesures nécessaires pour sauvegarder leurs droits éventuels dans la succession ouverte en France (887). Ce droit a d'ailleurs été formellement reconnu par plusieurs traités, qui donnent également compétence au consul, dans les circonstances qu'ils déterminent, pour administrer et liquider la succession testamentaire ou *ab intestat* de leurs nationaux morts en France, « sans que l'autorité locale ait à intervenir dans lesdites opérations, à moins que des sujets du pays ou d'une tierce Puissance n'aient à faire valoir des droits dans la succession » (888).

343. — Nous avons vu que certains traités attribuent formel-

(886) V. la convention avec la Russie, du 1^{er} avril 1874, pour le règlement des successions (art 1^{er}) ; S., 1874, 3, 556.

(887) Antoine, *op. cit.*, p. 146.

(888) Convention consulaire avec l'Italie, du 26 juil. 1862 (art. 9), promulguée par décret du 24 sept. 1862 ; S., *Lois annot.*, 1862, p. 93. — Convention consulaire avec l'Espagne, du 7 janv. 1862 (art. 20), promulguée par décret du 18 mars 1862 ; S., *Lois annot.*, 1862, p. 21. — V. sur cette convention, Paris, 1^{er} mars 1872 ; *J. dr. int.*, 1874, p. 31. — 12 août 1873, confirmé par req. rej., 7 juil. 1874 ; S., 75, 1, 19. — Trib. civ. Seine, 19 juil. 1879 ; *op. cit.*, 1879, p. 551. — Trib. civ. Seine, 20 mai 1881 ; *Le Droit*, 22 et 23 août 1881. — Convention pour le règlement des successions avec l'Autriche, du 11 déc. 1866 (art. 3) ; S., *Lois annot.*, 1866, p. 103. — Civ. rej., 13 janv. 1873 ; S., 73, 1, 13. — Cette dernière convention a été prorogée par une déclaration, signée à Vienne le 5 janv. 1879 ; *J. dr. int.*, 1879, p. 319. — V. encore la convention avec la Russie, pour le règlement des successions, du 1^{er} avril 1874 (art. 6) ; S., 1874, 3, 556 ; et la convention consulaire avec la Grèce, du 7 janv. 1876 ; S., 78, 3, 288. — V. pour l'indication des autres traités, une circulaire du parquet de Versailles ; *J. dr. int.*, 1876, p. 162.

lement compétence aux tribunaux français pour connaître des contestations, ou, au moins, de certaines contestations en matière de succession. Nous avons parlé, notamment, des traités conclus par la France avec la Suisse et la Russie, et nous ne pouvons que renvoyer à ce que nous avons dit sur ce point, en nous occupant des conventions diplomatiques dans lesquelles les juges français puisent le droit de statuer sur les contestations entre étrangers (V. n^{os} 242 et 279) (889).

§ 6. — *Faillite* (art. 59, § 7, C. pr. — 437, 438, 440, C. com.).

Dans une étude aussi vaste que celle que nous avons entreprise, nous devons nécessairement nous borner à effleurer, pour ainsi dire, les principales questions intéressant les étrangers, que nos tribunaux peuvent être appelés à résoudre. En ce qui concerne particulièrement la faillite, nous ne pouvons entrer ici dans tous les détails que comporterait un traité spécial de cette matière, au point de vue du droit international privé. Nous allons seulement essayer de déterminer la compétence des tribunaux français, soit pour déclarer la faillite d'un étranger, soit pour statuer sur les actions qui peuvent être intentées à la suite du jugement déclaratif de faillite.

344. — La première question se présente dans différentes hypothèses que nous allons passer rapidement en revue. Il se peut que l'étranger ait été autorisé à établir son domicile en France, ou qu'il y ait fixé son principal établissement sans aucune autorisation, ou qu'il y ait seulement une résidence ou un établissement de commerce secondaire. Il se peut enfin qu'il n'ait pas même une simple résidence ou un établissement de commerce en France.

(889) V. aussi la convention avec la Grèce, du 7 janv. 1876 (art. 15, § 2; art. 17 et 19); et la convention pour le règlement des successions avec l'Autriche, du 11 déc. 1866 (art. 3, n^o 5), citées à la note précédente.

1° Les étrangers autorisés à établir leur domicile en France, conformément à l'article 13 du Code civil, jouissent de tous les droits civils, tant qu'ils continuent d'y résider. Ils sont, comme nous l'avons vu, assimilés aux Français, au point de vue de la compétence. Ils pourront donc être déclarés en faillite par les tribunaux français (889 *bis*). C'est là un point qui ne saurait présenter de difficulté.

2° Nous donnerons la même solution, dans l'hypothèse où l'étranger a son domicile en France, bien que ce domicile n'ait pas été établi en vertu d'une autorisation (890).

Tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite (art. 437, C. com.). L'étranger dont nous parlons peut donc être en état de faillite en France, car ce n'est que la conséquence d'un fait dont la constatation peut avoir lieu, quelle que soit la nationalité du commerçant. Nous savons, d'autre part, que les tribunaux français sont, en principe, compétents pour statuer à l'égard des étrangers comme à l'égard des nationaux. Il en résulte que l'étranger pourra être déclaré en faillite par les tribunaux français, puisqu'il peut avoir un domicile en France, et que c'est au tribunal du domicile du commerçant qu'il appartient de déclarer l'état de faillite (art. 438, C. com.).

Le jugement pourra être rendu, soit sur la demande du failli lui-même, soit à la requête de ses créanciers, ou d'office par le tribunal compétent, peu importe d'ailleurs que les créanciers soient français et étrangers, ou appartiennent seulement à la nationalité étrangère (art. 440, C. com.) (891).

(889 *bis*) Bertauld, t. 1^{er}, n° 204, p. 159. — M. Dubois, sur Carle, n. 50, I.

(890) M. Dubois, sur Carle, *loc. cit.* — Bonfils, n° 204 *bis*. — Bertauld, *op. et loc. cit.* — Bioche, *Dict. de procéd. civ. et com.*, 4^e édit., V° *Faillite*, n° 28. — Bravard-Veyrières, *Traité de dr. com.*, t. V, p. 10. — Alauzet, *Code de com.*, 2^e édit., t. VI, n° 2427. — Goujet et Merger, *Dict. de dr. com.*, V° *Faillite*, n° 14. — Massé, t. 1^{er}, n° 504. — Paris, 22 janv. 1857, confirmé par req. rej., 24 nov. 1857 ; S., 58, 1, 65. — Req. rej., 19 mars 1872 ; S., 72, 1, 238. — Paris, 20 mai 1878 ; *J. dr. int.*, 1878, p. 375.

(891) Paris, 20 mai 1878 ; *J. dr. int.*, 1878, p. 375.

Il est universellement admis que l'étranger peut être déclaré en faillite en France, quand il y a son domicile, même sans autorisation ; mais on a prétendu qu'il ne pouvait demander sa déclaration de faillite en France malgré ses créanciers français. La Cour de cassation a justement repoussé une pareille prétention (892).

C'est là une distinction arbitraire qui serait d'une application fort difficile dans la pratique, si, ce qui ne manquerait pas d'arriver, parmi les créanciers français, il s'en trouvait qui demandassent la faillite et d'autres qui s'y opposassent. Le commerçant étranger peut demander sa mise en faillite, comme ses créanciers ont le droit de la requérir eux-mêmes, parce que l'article 440 du Code de commerce lui est applicable aussi bien qu'aux nationaux, parce que la faillite n'est pas plus établie dans l'intérêt du débiteur que dans l'intérêt des créanciers, mais constitue un tout indivisible et n'est que la constatation judiciaire de la cessation de paiements.

3° Mais il se peut que l'étranger ait conservé son domicile dans son pays, et qu'il n'ait en France qu'une résidence ou un établissement de commerce secondaire. Dans cette hypothèse, il ne pourra, à notre avis, être mis en faillite en France ; le juge de son domicile à l'étranger est le juge compétent pour déclarer la faillite (893).

Cette solution découle d'abord de notre principe général sur la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers.

(892) Req. rej., 24 nov. 1857 ; S., 58, 1, 65, et la *note*. — V. aussi, Bertauld, *op. et loc. cit.* Demangeat, sur Bravard, *op. cit.*, t. V, p. 10, n. 2. — Massé, t. I^{er}, *loc. cit.* — M. Dubois, *loc. cit.* — Bonfils, *loc. cit.*

(893) M. Dubois, *loc. cit.*, n. 50, II. — V. aussi, *J. dr. int.*, 1881, n° V-VI, p. 240 et suiv. — V. pour la jurisprudence belge, Bruxelles, 13 août 1836, 13 août 1851, et les autres arrêts indiqués ; *J. dr. int.*, 1880, p. 89 et suiv. — Bruxelles, 7 août 1871 ; *Rev. dr. int.*, 1872, t. IV, p. 154. — *Contrà*: Bertauld, *op. et loc. cit.* — Massé, t. II, n° 809. — Alauzet, *Code de com.*, t. VI, n° 2431. — Trib. com. Seine, 18 août 1875 ; *J. dr. int.*, 1876, p. 455.

Nous avons admis, en effet, que si, en principe, nos tribunaux sont compétents à l'égard des étrangers, on ne saurait cependant leur imposer une juridiction qui ne résulte pas de nos règles sur la compétence. Or, la jurisprudence française décide que, si la faillite a été prononcée par plusieurs tribunaux, il y a lieu à règlement de juges, et que les opérations de la faillite doivent suivre leur cours devant le tribunal du domicile, c'est-à-dire du principal établissement du failli (894). S'il en est ainsi quand les deux maisons de commerce de la même personne sont situées sur le territoire d'un même Etat, il ne saurait en être autrement quand elles sont situées dans des Etats différents.

Si l'on s'écarte de ce principe, on arrive à des résultats qui paraissent tout à fait inadmissibles. De deux choses l'une, en effet : ou bien il faudra admettre que la compétence du tribunal français doit l'emporter sur celle du tribunal étranger du domicile ; ce serait alors le renversement de toutes les règles reçues. Ou bien il faudra reconnaître à la fois la compétence du tribunal de la résidence et celle du tribunal étranger du domicile. Mais alors, lequel devra rester définitivement saisi ? Ce sera donc le prix de la course entre les deux tribunaux auxquels on attribue juridiction (895) ! C'est là, il faut bien l'avouer, une solution qui est loin de satisfaire la raison. Et si l'on recule devant cette considération, il faudra alors décider qu'il y aura deux déclarations de faillite régulières. Nous tenons encore pour impossible un tel résultat ; car il nous paraît tout à fait contraire à la nature

(894) Req. rej., 6 avril 1840 ; S., 40, 1, 700. — 30 déc. 1840 ; S., 41, 1, 125. — Douai, 3 mai 1841 ; S., 42, 2, 57. — Req. règl., 7 déc. 1841 ; S., 42, 1, 361. — 4 mai 1857 ; S., 57, 1, 461. — Paris, 7 mai 1867 ; S., 68, 2, 149. — Req. règl., 26 déc. 1871 ; Dal., 72, 1, 200. — 16 mars 1874 ; S., 75, 1, 51. — Rouen, 11 juil. 1874 ; S., 75, 2, 236. — Req. règl., 29 juin et 21 juil. 1875 ; S., 75, 1, 358. — 21 déc. 1875 ; S., 77, 1, 341. — 28 avril 1880 ; Dal., 80, 1, 327. — 17 août 1881 ; *Le Droit*, 18 août. — V. aussi, Lyon, 31 juil. 1881 ; *Le Droit*, 29 oct.

(895) Bertauld, *op. cit.*, t. I^{er}, n° 204, p. 160. — Alauzet, *op. et loc. cit.*

même de la faillite, qui doit être une et indivisible, et dont toutes les opérations doivent être soumises à une seule juridiction (896).

4° Il se peut enfin que l'étranger n'ait même pas de résidence ou d'établissement de commerce en France. A plus forte raison déciderons-nous, comme dans l'hypothèse précédente, que les tribunaux français ne sont pas compétents pour déclarer la faillite.

Mais l'étranger domicilié dans son pays, qui a contracté avec des Français, ne pourra-t-il pas être attiré en France, pour y être déclaré en faillite, par ses créanciers français invoquant l'article 14 du Code civil ? (897)

Il nous paraît impossible de faire ici l'application de cette disposition exceptionnelle. Il ne s'agit pas, en effet, pour le Français, d'obtenir un jugement déclaratif de son droit ; il s'agit seulement de constater judiciairement, dans un intérêt général, l'état de cessation de paiements. Or, comme le fait justement observer M. Bertauld (898), l'article 14 est une disposition trop exorbitante, trop hostile aux principes, pour l'étendre à une classe de décisions qui ne sont pas entrées vraisemblablement dans la prévision de la loi (899).

Les règles que nous venons de tracer rapidement, sont applicables aux personnes morales aussi bien qu'aux personnes physiques. Pour la société, comme pour l'individu, la seule autorité judiciaire compétente pour déclarer la faillite, est celle où se trouve le domicile du failli, c'est-à-dire le principal établissement de la société (art. 438, § 2, C. com.).

345. — En droit, la règle est donc certaine : le tribunal français ne pourra déclarer la faillite de l'individu ou de la société

(896) Carle, *op. cit.*, n° 17, et *note* 41 de M. Dubois.

(897) V. pour l'affirmative, Paris, 23 nov. 1874 ; *J. dr. int.*, 1875, p. 434. — 17 juil. 1877 ; *op. cit.*, 1878, p. 271. — Trib. civ. Seine, 26 juil. 1877, confirmé par Paris, 7 mars 1878 ; S., 79, 2, 164, et une *note* importante de M. Dubois.

(898) *Op. cit.*, t. Ier, n° 204, p. 160.

(899) V. dans ce sens, M. Dubois, *loc. cit.*, n. 50, III.

étrangère, lorsqu'il sera établi que son domicile, son principal établissement, se trouve hors du territoire français. Mais il restera toujours à résoudre une question de fait : où est le domicile ? où est le principal établissement ? question qui pourra être quelquefois très-délicate, et dont la solution sera subordonnée à l'appréciation du juge. C'est en tenant compte des circonstances qui varieront nécessairement avec les espèces, qu'il distinguera le véritable domicile de la simple résidence, l'établissement principal de celui qui n'est qu'accessoire.

Il lui appartiendra, par exemple, de juger qu'une société qui se dit étrangère, a cependant son principal établissement, c'est-à-dire son domicile en France, et que les tribunaux français sont compétents pour déclarer la faillite (900). L'indication dans les statuts d'un siège social dans un autre lieu que le principal établissement, ne saurait prévaloir contre la réalité (901). Le domicile échappe à la convention ; il est, dit impérativement la loi, au lieu où l'on a son principal établissement (art. 102, C. civ.). Ce qui est vrai de l'individu, doit l'être plus encore d'une personne morale, telle qu'une société, pure abstraction juridique qui n'a d'existence réelle que par l'établissement qu'elle exploite. De même encore, le transport du siège de l'administration dans un

(900) Trib. com. Seine, 10 août 1872 ; *J. dr. int.*, 1874, p. 124. — 11 oct. 1872 ; *Le Droit*, 19 oct. — 5 mars 1874, confirmé par Paris, 20 juin 1874 ; *V. infra*, notes 903 et 905. — Nancy, 8 mai 1875 ; *S.*, 76, 2, 137. — *V.* aussi, req. régl., 13 mars 1865 ; *Dal.*, 65, 1, 228. — 9 août 1881 ; *Le Droit*, 11 août. — Cour d'appel de Bologne, 18 sept. 1874 ; *J. dr. int.*, 1875, p. 238. — La jurisprudence a également décidé qu'une société est valablement assignée à son principal établissement, alors même que les statuts auraient fixé le siège social dans un autre lieu. Req. rej., 21 fév. 1849 ; *S.*, 50, 1, 112. — Civ. rej., 4 mars 1857 ; *S.*, 58, 1, 264. — Bordeaux, 11 et 12 août 1857 ; *S.*, 58, 2, 258. — Req. rej., 5 déc. 1877 ; *S.*, 78, 1, 220.

(901) Carle, *op. cit.*, p. 38, et note 46 de M. Dubois. — Alauzet, *op. cit.*, 2^e édit., t. VI, n° 2430. — Renouard, *Traité des faillites et banque-routes*, 3^e édit., t. I^{er}, p. 265. — Boistel, *Dr. com.*, p. 629. — Vavas seur, *J. dr. int.*, 1875, p. 345 et suiv.

autre endroit que celui de l'exploitation, ne saurait changer le lieu du domicile, s'il n'était pas accompagné du transport effectif du principal établissement (902). Si l'on veut transférer ailleurs son domicile, la volonté seule est impuissante ; il faut, d'après l'article 103 du Code civil, le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement.

Ce principe, relatif à la détermination du vrai domicile d'une société, a été appliqué, il y a quelques années, par la jurisprudence française, dans une affaire qui a donné lieu à un conflit de juridiction entre les tribunaux français et les tribunaux genevois. La société du Crédit foncier suisse a été déclarée en faillite à Genève, le 3 février 1874. Le 5 février, la même société était également déclarée en faillite à Paris. Les syndics suisses ont formé opposition au jugement déclaratif de faillite en France. Le tribunal de commerce de la Seine (903) les a déboutés de leur opposition, par la raison que la société avait non-seulement son principal, mais son unique établissement en France. De leur côté, des créanciers de la société qui l'avaient fait mettre en faillite à Paris, firent opposition au jugement déclaratif en Suisse. Le tribunal de commerce de Genève (904), comme le tribunal de la Seine, repoussa la demande, par la raison que la société commerciale ne pouvait être déclarée en faillite qu'à son domicile commercial, c'est-à-dire à son siège social, tel qu'il était déterminé par les statuts. Ces deux jugements furent confirmés sur l'appel, le premier par un arrêt de la Cour de Paris, du 20 juin 1874 (905), et le second par un arrêt de la Cour de Genève, du 25 mai 1874 (906). Le conflit menaçait ainsi de se

(902) Vavasseur, *op. et loc. cit.* — Req. règl., 28 nov. 1842 ; Dal., *Répert.*, V^o Société, n^o 194. — 16 mars 1874 ; S., 75, 1, 51.

(903) 5 mars 1874 ; *J. dr. int.*, 1874, p. 95.

(904) 19 mars 1874 ; *op. cit.*, 1874, p. 96.

(905) Indiqué en note ; *op. cit.*, 1874, p. 154, n. 2.

(906) *Op. cit.*, 1874, p. 154.

perpétuer, à défaut d'une autorité supérieure qui pût le terminer par un règlement de juges.

Nous n'avons pas besoin d'ajouter que les décisions françaises étaient les seules conformes aux vrais principes, puisqu'elles ne faisaient que déterminer le domicile d'après la réalité, plutôt que d'après les apparences. *Plus valet quod agitur quam quod simulatur* (907). C'est ce qu'a compris également le Conseil fédéral, qui, par un arrêté du 21 janvier 1875 (908), a donné gain de cause aux tribunaux français, et a renvoyé devant eux la liquidation de la faillite, par la raison que le centre des affaires de la société était à Paris, et que le vrai motif de sa création à Genève paraissait avoir été d'éluder les lois françaises sur les sociétés anonymes (909).

346. — De ce qui précède, il résulte qu'il faut reconnaître la compétence du tribunal du domicile pour déclarer la faillite. Ajoutons que la faillite prononcée par le juge compétent, ne pourra plus l'être par un autre tribunal. En d'autres termes, le même individu, la même personne morale, ne saurait être déclarée en faillite dans des endroits différents (910).

Un tel résultat serait contraire au but même de la faillite qui est d'arriver à une liquidation prompte, économique et équitable. Il serait contraire aussi à la nature de la faillite : elle constitue un état indivisible et le commerçant ne peut être failli à l'égard de certains de ses créanciers, sans l'être à l'égard des autres ; elle est universelle et produit des effets généraux qui s'étendent

(907) C'est dans ce sens que s'est également prononcée la Cour de Bruxelles, par un arrêt du 14 octobre 1870. *Rev. dr. int.*, 1872, t. IV, p. 153. — V. aussi Liège, 24 mai 1879 ; *J. dr. int.*, 1881, n° I-II, p. 80.

(908) *Op. cit.*, 1875, p. 80.

(909) Cet arrêté fait toutefois une restriction, en ajoutant que « l'on devra reconnaître la compétence des tribunaux genevois pour toutes les actions fondées sur des engagements contractés à Genève par le Crédit foncier suisse. »

(910) Carle, *La faillite dans le droit international*, n° 17, et note 41 de M. Dubois.

sur le patrimoine entier du débiteur, dont toutes les parties forment le gage commun des créanciers. La faillite est une et complète, et, dès lors, quand elle a été prononcée par le tribunal du domicile, il n'y a plus place pour un nouveau jugement déclaratif. L'unité de la faillite, et, par suite, l'unité de juridiction doit être maintenue, alors même que le failli aurait plusieurs établissements de commerce, peu importe que ces établissements se trouvent sur le territoire du même Etat ou dans des Etats différents (911).

Il devrait en être ainsi, selon nous, alors même qu'il s'agirait d'établissements distincts ayant une administration séparée. C'est, en effet, la personne physique ou morale, l'individu ou la société qui est mise en faillite ; peu importe, dès lors, que l'être individuel ou collectif trafique en plusieurs endroits ; ce fait ne peut avoir pour conséquence de multiplier la personne. Derrière ces administrations, même distinctes, l'analyse juridique rencontre un seul individu ; or, il ne saurait y avoir plus de faillites à déclarer qu'il n'existe d'individus à mettre en faillite (912).

Remarquons toutefois que, par la force des choses, il serait impossible de ne pas admettre la pluralité de faillites et la plura-

(911) Carle, *op. cit.*, nos 18 à 22. — Bertauld, *op. cit.*, t. I^{er}, n° 204, p. 160. — V. aussi, *J. dr. int.*, 1881, n° V-VI, p. 240 et suiv. — C'est également dans ce sens que s'est prononcée la Cour de Bruxelles, par un arrêt du 7 août 1871. *Rev. dr. int.*, 1872, t. IV, p. 154. — V. aussi les arrêts belges cités par M. Dubois, sur Carle, *op. cit.*, note 49. — V. aussi les arrêts rapportés ou cités dans le *Journal de droit international*, 1880, p. 89 et suiv.

(912) Carle, *op. cit.*, n° 22, et note 49 de M. Dubois. — V. aussi la dissertation de M. Beudant en note ; Dal., 68, 2, 113. — *J. dr. int.*, 1881, n° V-VI, p. 240 et suiv. — *Contrà* : Massé, t. II, n° 810. — Demangeat, sur Fœlix, t. II, p. 206, n. a. — Merlin, *Répert.*, V^o *Faillite*, sect. 2, § 2, art. 10, n° 2. — Bonfils, n° 249. — V. aussi, req. rej., 23 août 1853 ; Dal., 55, 1, 59. — Paris, 30 août 1867 ; Dal., 68, 2, 113. — Lyon, 12 juil. 1869 ; Dal., 70, 2, 10. — V. aussi, Bruxelles, 6 juin 1816, rapporté par Merlin ; *op. et loc. cit.*

lité de juridictions, si le même commerçant était associé dans des établissements distincts. Il y aurait alors plusieurs faillites et plusieurs tribunaux compétents, parce qu'il y aurait autant d'êtres juridiques distincts que de sociétés auxquelles prend part le commerçant (913).

347. — Le principe que nous venons de poser, conduit aux règles suivantes pour l'application de l'unité et de l'universalité de la faillite, en ce qui concerne spécialement la juridiction. Le tribunal français devra se déclarer compétent ou incompétent pour prononcer la faillite d'un étranger en France, selon qu'il aura reconnu, d'après les circonstances de l'espèce, que le vrai domicile, le principal établissement de l'individu ou de la société se trouve en France ou à l'étranger. Si la faillite a déjà été déclarée en pays étranger, de deux choses l'une : ou bien le juge qui l'a déclarée était le juge compétent, et alors le jugement opérera par lui-même le dessaisissement du failli, et sera un obstacle à une nouvelle déclaration en France. Ou bien l'étranger n'avait dans son pays qu'une résidence, un établissement secondaire, et alors le tribunal français refusera d'accorder l'*exequatur* à un tel jugement, ou de reconnaître son autorité, quand il sera opposé par voie d'exception comme preuve de l'état de faillite (914). Si les tribunaux de chaque Etat persistent à affirmer leur compétence exclusive, en fixant le domicile dans leur propre ressort, il n'existe pas aujourd'hui d'autorité supérieure compétente pour mettre fin à un pareil conflit par un règlement de juges. Un tel conflit pourrait donc se perpétuer, et c'est ce qui serait arrivé, notamment, dans l'affaire du Crédit foncier suisse dont nous

(913) Carle, *op. cit.*, p. 36, et note 49 de M. Dubois. — Alauzet, *op. cit.*, t. VI, n° 2430.

(914) Remarquons que le tribunal français du principal établissement, tout en déclarant la faillite, pourrait adjoindre le syndic étranger au syndic ordinaire, pour faciliter les opérations de la faillite. Nancy, 8 mai 1875 ; S., 76, 2, 137.

avons parlé, si le Conseil fédéral avait approuvé la manière de voir des tribunaux genevois.

C'est précisément pour ce motif, c'est-à-dire dans la crainte d'un conflit de juridiction insoluble, que M. l'avocat général Hémar combattait, devant la Cour de Paris, le principe de l'universalité de la faillite (915). Un pareil inconvénient pourra sans doute se produire ; mais peut-on repousser un principe, d'une manière absolue, par cette seule raison que son adoption ne ferait pas disparaître les difficultés dans tous les cas ? Un droit cesse-t-il donc d'exister, par cela seul que son exercice peut donner lieu à un conflit insoluble, par suite de l'absence d'une juridiction supérieure organisée pour le résoudre ? (916)

348. — Nous venons de voir que le tribunal du domicile du commerçant est le seul compétent pour déclarer la faillite, et que cette règle est applicable aux étrangers comme aux nationaux. Si, en vertu de cette règle, la faillite a été déclarée par un tribunal français, ce tribunal sera également compétent pour connaître des actions qui, aux termes de l'article 59, § 7, doivent être portées devant le juge du domicile du failli. Si, au contraire, le jugement déclaratif a été rendu par le tribunal étranger du principal établissement du commerçant, c'est également devant cette juridiction que devront être intentées les actions dont il s'agit (916 *bis*).

Cette solution, qui découle de notre principe sur la compétence des tribunaux à l'égard des étrangers, est aussi en harmonie avec le but et la nature même de la faillite, qui doit être, nous

(915) Ces conclusions sont rapportées dans Sirey, 79, 2, 164.

(916) V. une *note* importante de M. Dubois, qui rapporte un arrêt de Milan ; *J. dr. int.*, 1879, p. 81.

(916 *bis*) Bonfils, n° 248. — Demangeat, sur Fœlix, t. II, p. 206, n. d. — V. aussi, Massé, t. II, n° 809. — *Contrà* : Fœlix, *loc. cit.* — MM. Bonfils, Demangeat et Massé admettent toutefois que la faillite prononcée en pays étranger, ne saurait avoir pour effet de réagir sur la maison distincte que le commerçant peut avoir en France.

l'avons dit, une et universelle. Ce caractère d'unité et d'universalité entraîne, comme conséquence, l'unité de juridiction. Dès que la faillite a été prononcée par le tribunal compétent, le jugement doit avoir par lui-même l'autorité de la chose jugée dans tous les Etats ; il doit faire obstacle, non-seulement à une nouvelle déclaration de faillite, mais encore aux poursuites individuelles devant d'autres juges (917).

Cette solution a également été adoptée par la Cour de cassation, dans un arrêt du 30 novembre 1868 (918). Elle s'y trouve consacrée avec une remarquable netteté dans le considérant suivant : « Attendu que la faillite crée une situation indivisible, qui ne permet à aucun tribunal, autre que celui devant lequel existe la faillite, d'intervenir pour régler les droits des divers intéressés. »

349. — A propos de la compétence en matière de faillite, nous devons encore dire quelques mots du traité du 15 juin 1869 entre la France et la Suisse. Les traités avec la Suisse ont, en effet, cela de particulier qu'ils contiennent des stipulations spéciales pour la faillite. La convention de 1869 a consacré plusieurs dispositions à cette matière. Les articles 6 à 9 renferment quelques applications importantes de l'universalité de la faillite. Toutefois, le traité n'est pas complet à ce point de vue, et mérite quelques critiques.

L'article 6 est ainsi conçu : « La faillite d'un Français ayant un établissement de commerce en Suisse, pourra être prononcée par le tribunal de la résidence en Suisse, et, réciproquement, celle d'un Suisse ayant un établissement de commerce en

(917) Carle, *op. cit.*, n° 23, et note 50, VI, de M. Dubois. — V. toutefois ce que nous disons au n° 207.

(918) Req. rej., S., 69, 1, 297. — Pour la jurisprudence belge, V. notamment, trib. civ. Arlon, 29 avril 1874 ; *J. dr. int.*, 1878, p. 516. — Trib. com. Anvers, 24 juil. 1874 ; *op. cit.*, 1875, p. 217. — Cpr. pour la jurisprudence italienne, Milan, 15 déc. 1876 ; *op. cit.*, 1879, p. 77, et une note importante de M. Dubois qui rapporte cet arrêt.

France, pourra être prononcée par le tribunal de sa résidence en France. »

Il est regrettable, à notre avis, que l'on ait autorisé la déclaration de faillite par le tribunal de la résidence, et comme conséquence d'un simple établissement de commerce d'un Français en Suisse, ou d'un Suisse en France. Une pareille règle n'est pas seulement condamnée par les principes que nous avons précédemment établis, elle est aussi contraire à l'intérêt bien entendu des faillis et de leurs créanciers ; car elle facilite un conflit de juridiction et la déclaration simultanée de plusieurs faillites d'une seule et même personne. Le conflit qui a éclaté dans l'affaire du Crédit foncier suisse a complètement mis en lumière le danger que nous signalons (V. *suprà*, n° 345). Le tribunal de la Seine pouvait fonder sa compétence sur les termes mêmes du traité, puisque la société avait un établissement en France. Le tribunal de Genève répondait, sans doute, que la convention devait être interprétée dans un sens pratique et juridique, c'est-à-dire avec la réserve expresse que la faillite n'aurait pas été déjà déclarée par le tribunal compétent du pays d'origine. Mais quel était ce tribunal ? Les juges français soutenaient que c'était celui du principal établissement ; la juridiction genevoise attribuait compétence au tribunal du siège social, déterminé par les statuts. Le Conseil fédéral reconnut que les termes du traité autorisaient, en effet, la déclaration de faillite par les tribunaux des deux pays ; mais qu'il lui appartenait de résoudre le conflit, en maintenant l'unité de faillite que le traité avait voulu assurer.

Il y a, à notre avis, une modification à apporter à l'article 6 du traité, en même temps qu'une lacune à combler. Il doit être révisé et complété, en ce sens qu'il ne puisse être déclaré qu'une seule faillite par le tribunal du véritable domicile, c'est-à-dire du principal établissement. Ce principe ne suffirait pas assurément pour empêcher tout conflit, et voilà pourquoi nous disons qu'il y a une lacune à combler, en attribuant compétence à une autorité

supérieure pour procéder par voie de règlement de juges, en cas de conflit entre les tribunaux des deux pays (919).

Signalons, en terminant, la disposition de l'article 7, ainsi conçu : « Les actions en dommage, restitution, rapport, nullité, et autres qui, par suite d'un jugement déclaratif de faillite, ou d'un jugement reportant l'ouverture de la faillite à une époque autre que celle primitivement fixée, ou pour toute autre cause, viendraient à être exercées contre des créanciers ou des tiers, seront portées devant le tribunal du domicile du défendeur, à moins que la contestation ne porte sur un immeuble ou un droit réel et immobilier ».

D'après l'article 9, « La faillite d'un étranger établi, soit en France, soit en Suisse, et qui aura des créanciers français et suisses, et des biens situés en France ou en Suisse, sera, si elle est déclarée dans l'un des deux pays, soumise aux dispositions des articles 7 et 8 ».

349 *bis*.— Pour résumer en quelques mots tout ce que nous avons dit au sujet de la juridiction en matière de faillite, nous répéterons après M. Carle (920) : « En somme, l'intérêt du commerce exige que, même dans les relations entre les divers

(919) V. la note 92, VIII, n° 3, de M. Dubois, sur Carle, *op. cit.*— Il nous semble que les paragraphes 2 et 3 de l'article 6 doivent être interprétés en ce sens, que l'*exequatur* du jugement étranger de faillite n'est nécessaire qu'autant que les syndics voudraient procéder en France à des actes d'exécution proprement dits. Autrement, les syndics de faillites françaises en Suisse, et *vice versa*, se trouveraient dans une condition inférieure à celle où doivent se trouver les syndics nommés dans un pays avec lequel il n'existe pas de traité. M. Dubois, sur Carle, *op. et loc. cit.*— V. Cependant, Paris, 8 juillet 1880 ; *J. dr. int.*, 1880, p. 581. Cet arrêt décide que le jugement déclaratif de la faillite d'un Français en Suisse n'est susceptible d'aucun effet juridique avant d'avoir été rendu exécutoire, et ne peut être opposé par le failli à titre d'exception pour empêcher une nouvelle déclaration de faillite en France.

(920) *Op. cit.*, n° 23.

Etats, la seule autorité judiciaire compétente pour déclarer la faillite et en connaître, soit celle du lieu où se trouve le domicile du failli : la nationalité des créanciers, la situation des biens et la pluralité des établissements n'y doivent rien changer, parce que c'est là un principe d'intérêt universel et de raison, pour l'application duquel il faut la coopération de tous les Etats ».

Il est à désirer que les différents Etats adoptent, dans les traités diplomatiques, des règles, dégagées de toute idée de privilège ou de faveur pour le national et de haine envers l'étranger, qui attribuent compétence à une seule juridiction, et posent des principes pour la solution des conflits qui pourraient s'élever (921).

§ 7. — *Demandes incidentes. — Intervention. — Demandes en garantie.* (Art. 59, § 8, C. pr.)

350. — Les tribunaux français, compétents pour statuer au fond sur la demande portée devant eux par un étranger contre un autre étranger, le seront également pour connaître des questions incidentes qui pourront être soulevées au cours du procès. Il en serait ainsi, alors même qu'une telle question devrait, si elle faisait l'objet d'une action principale, être soumise à une autre juridiction en vertu des règles sur la compétence *ratione personæ*, toutes les fois qu'elle doit être appréciée pour la solution du litige régulièrement porté devant le tribunal saisi (922). Nous aurons l'occasion de faire application de cette règle de

(921) On peut voir un projet de traité international sur la compétence dans la *Revue de droit international* (t. I^{er}, 1869, p. 413). On y reconnaît précisément, en matière de faillite, la compétence du tribunal du domicile du failli.

(922) Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 172. — Fœlix, t. I^{er}, n° 162, p. 338. — Massé, t. I^{er}, n° 699.

compétence, en parlant des questions d'état soulevées incidemment à un procès entre deux étrangers (V. n° 397).

351. — Nos tribunaux, compétents pour l'action principale, le seront encore pour examiner les demandes qui pourront être formées incidemment à cette action, et, notamment, les demandes reconventionnelles que le défendeur est autorisé à présenter en justice (923).

352. — Un étranger doit être également admis à intervenir dans une instance déjà pendante devant un tribunal français, dans laquelle il a des intérêts engagés, soit pour conserver et faire valoir ses propres droits, soit pour joindre ses moyens d'attaque ou de défense à ceux de l'une des deux parties en cause. Le tribunal français devant lequel a été portée la demande principale, sera compétent pour statuer sur le litige que l'intervention de l'étranger peut faire naître entre lui et un autre étranger déjà partie au procès, d'autant plus que la décision de la contestation originaire pourra être subordonnée à celle de ce litige (924).

353. — Lorsque les tribunaux français ont été valablement saisis d'une contestation principale, il leur appartient également de connaître d'une action récursoire en garantie formée par l'une des parties, même étrangère, contre un autre étranger, toutes les fois que le défendeur en garantie a été ou doit être

(923) Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. I^{er}, § 62, p. 86, n. 19.

(924) Civ. rej., 19 mai 1830; C. n., 9, 1, 522. — Req. rej., 2 février 1832; S., 32, 1, 133. — Civ. cassat., 7 juil. 1845; S., 45, 1, 738. — Req. rej., 1^{er} avril 1873; S., 73, 1, 101. — Cpr. Féraud-Giraud, *loc. cit.* — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, p. 147, n. 49. — Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. I^{er}, § 62, p. 87, texte et note 24. — Paris, 4 janv. 1856; S., 56, 2, 170. La Cour de Paris, tout en se déclarant compétente pour statuer sur la demande formée par un étranger en revendication d'objets mobiliers, saisis par un Français contre son débiteur étranger, a cependant décidé de surseoir jusqu'au jugement sur la question de propriété élevée entre les deux étrangers, alors d'ailleurs que cette question était déjà pendante devant la juridiction étrangère.

réputé partie dans le contrat primitif, intervenu entre le Français et l'étranger, et qui forme la base de l'action principale (925).

Mais il faut aller plus loin encore, et décider que les tribunaux français sont compétents pour statuer sur le recours exercé par un étranger contre un autre étranger, toutes les fois que le Français garant serait tenu lui-même de se soumettre à la juridiction du tribunal devant lequel la demande originaire est pendante (926).

La connexité qui existe entre les deux demandes, la nécessité d'éviter autant que possible la contrariété des jugements qui pourraient intervenir devant des juridictions différentes, l'avantage de réunir ainsi deux affaires en une seule et d'empêcher des lenteurs et des frais de procédure considérables, tous ces motifs justifient ces solutions qui découlent d'ailleurs logiquement de notre principe, puisque nous admettons que les tribunaux français sont compétents à l'égard des étrangers, comme à l'égard des Français, et qu'aux uns comme aux autres nous faisons application des articles 59, §§ 8, et 181 du Code de procédure civile.

354. — La Cour de cassation a plusieurs fois décidé que les tribunaux français sont incompétents pour statuer sur l'action en garantie, exercée par un étranger contre un autre étranger (927). D'autres arrêts, ont, au contraire, admis la compétence de nos juges pour connaître de l'action en garantie (928).

(925) Féraud-Giraud, *op. cit.*, p. 173. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, p. 148, n. 51. — Bonfils, n° 213, p. 186. — Zachariæ, édit. Massé et Vergé, *loc. cit.*

(926) Bonfils, *loc. cit.* — *Contrà* : Féraud-Giraud, *op. cit.*, p. 172. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, p. 147, n. 50.

(927) Req. rej., 27 janv. 1857; S., 57, 1, 161. — Civ. rej., 17 juil. 1877; S., 77, 1, 449. — Civ. cassat., 15 janv. 1878; S., 78, 1, 300. — V. dans le même sens, Bruxelles, 23 juil. 1873; *J. dr. int.*, 1874, p. 325. — Trib. com. Seine, 7 nov. 1874, confirmé par Paris, 19 mars 1875, sur cassat., S., 77, 1, 449. — Aix, 1^{er} avril 1879; *J. dr. int.*, 1880, p. 577.

(928) Douai, 10 mars 1870; S., 70, 2, 288. — Trib. com. Seine, 30 sept. 1875, sur cassat., S., 78, 1, 300.

La question s'est présentée dans une affaire intéressante qui a subi les différents degrés de juridiction. Un étranger partant de Paris pour Londres, avait remis et fait enregistrer à la gare du chemin de fer du Nord un colis également à destination de Londres. Le colis ne fut pas présenté à l'arrivée et le voyageur fit assigner la Compagnie du Nord par-devant le tribunal de commerce de la Seine, en paiement de la valeur dudit colis. La défenderesse appela en garantie la Compagnie anglaise, qui, à son tour, exerça une action en garantie contre une autre Compagnie anglaise. Le tribunal condamna la Compagnie du Nord et accueillit le recours contre la première compagnie anglaise ; mais il se déclara d'office incompétent, quant au recours en sous-garantie exercé par cette dernière contre la seconde compagnie anglaise (929). Cette décision fut confirmée par la Cour de Paris (930). Le pourvoi formé contre cet arrêt fut admis par la Chambre des requêtes (931), mais rejeté par la Chambre civile (932).

La jurisprudence tend à établir une distinction entre le cas où le défendeur en garantie a été ou doit être réputé partie au contrat qui sert de base à l'action principale, et celui où il serait resté étranger à cette convention. Nous devons dire toutefois que, dans l'affaire des compagnies anglaises dont nous venons de parler, ces compagnies pouvaient être regardées comme ayant participé au contrat passé en France. En effet, il existe des tarifs internationaux entre la France et l'Angleterre, et les billets sont délivrés et les bagages enregistrés directement de Paris pour Londres. Il en résulte que chacune des trois compagnies, dans l'espèce, avait ainsi, vis-à-vis des deux autres, le double rôle de mandant et de mandataire, de telle sorte que la compagnie

(929) 7 nov. 1874, cité à la note 927.

(930) 19 mars 1875, cité à la note 927.

(931) 2 août 1876 ; *J. dr. int.*, 1876, p. 360.

(932) 17 juillet 1877, cité à la note 927.

du Nord ne stipulait pas seulement pour elle, mais encore pour les compagnies anglaises qu'elle avait mission de représenter (933).

Ainsi donc, la jurisprudence se déclare quelquefois compétente, quelquefois incompétente pour statuer sur le recours en garantie entre deux étrangers. D'autre part, elle décide, comme nous l'avons vu, que, lorsqu'un tribunal français est saisi d'une demande intentée par un étranger contre un Français, il est compétent pour statuer sur l'intervention formée par un autre étranger, encore que par cette intervention le Français se trouve désintéressé, et qu'ainsi la contestation ne s'agite plus qu'entre deux étrangers. On aboutit nécessairement à de tels résultats, quand on part d'un principe auquel on est contraint d'apporter à chaque instant des dérogations, sans avoir de règles bien fixes pour en déterminer le nombre et la portée.

Pourquoi, par exemple, apporter une dérogation à ce principe en matière d'intervention ou de garantie? S'il y a compétence en fait d'intervention, c'est que, disent MM. Aubry et Rau (934), l'intérêt du Français l'exige en pareil cas. Est-ce donc là l'idée que l'on doit se faire de la justice, et, au lieu d'être une dette des nations entre elles, ne sera-t-elle plus accordée que dans la mesure de l'intérêt des nationaux? Et puis, enfin, si la justice n'est pas due aux étrangers, où est donc la loi spéciale qui permet ainsi de déroger à un principe d'incompétence qui repose, en réalité, sur des motifs touchant à l'ordre public? Sans doute, le Français doit toujours pouvoir obtenir justice en France, mais l'administration de la justice sera toujours possible; il en résultera que le tribunal français devra, s'il y a lieu, surseoir à statuer, jusqu'à la décision du juge étranger sur la question pendante entre les deux étrangers. C'est là, il est vrai, un résultat

(933) V. dans ce sens, les *Observations* de M. Demangeat; *J. dr. int.*, 1877, p. 109.

(934) T. VIII, § 748 *bis*, p. 147, n. 49.

fâcheux qui entraînera une perte de temps et des frais considérables, mais c'est à ce résultat que l'on devrait cependant aboutir, si l'on appliquait le principe d'incompétence dans toutes ses conséquences les plus rigoureuses.

Et, en matière de garantie, comment donc nos tribunaux peuvent-ils se déclarer compétents entre deux étrangers ? La règle qui veut que le garant aille plaider devant le tribunal où la demande originaire est pendante, est écrite dans l'article 59, § 8, du Code de procédure. Or, cet article, qui détermine la compétence spéciale des tribunaux français, ne peut être invoqué, parce qu'il suppose reconnue la compétence générale que l'on refuse d'admettre. Invoquera-t-on l'article 181 du même Code ? Mais cet article ne fait que reproduire la règle de l'article 59, § 8. Un garant ne peut être cité devant le tribunal saisi de la demande principale, qu'autant que l'incompétence de ce tribunal à son égard n'est fondée que sur l'existence de son domicile dans un autre lieu (935). Or, dans le système de la jurisprudence, ce n'est pas à raison de son domicile hors de France que l'étranger n'est pas justiciable des tribunaux français, mais à raison de sa qualité, et parce que nos tribunaux n'ont pas mission de statuer sur les contestations qui peuvent s'élever entre étrangers. L'article 181 ne saurait leur donner une compétence qu'ils n'ont pas, en général, pour statuer sur le recours exercé contre un étranger garant. Aussi, la Cour de cassation nous paraît tout à fait logique, quand elle déclare, dans un arrêt du 15 janvier 1878 (936), que l'article 181 déroge à la règle de compétence établie par l'article 59, § 1^{er}, mais qu'il n'autorise pas un tribunal à retenir, sous prétexte qu'il s'agit d'une action en garantie, une contestation dont la connaissance ne lui appartient pas, à cause de la nature du litige ou de la nationalité des parties. La Cour de

(935) Civ. cassat., 20 avril 1859 ; S., 59, 1, 595. — Paris, 28 mai 1877 ; Dal., 78, 2, 211.

(936) S., 78, 1, 300.

Bruxelles (937) applique également le principe d'incompétence avec une rigoureuse logique, quand elle décide qu'une exception à cette règle ne saurait être accueillie à raison de la connexité qui peut exister entre la demande principale et la demande en garantie, parce qu'il n'apparaît d'aucune dérogation au principe ci-dessus en matière de garantie.

Logiquement, le principe de la jurisprudence conduit donc à cette conséquence, que, dans tous les cas, nos juges sont incompétents pour connaître du recours en garantie ou en sous-garantie exercé par un étranger contre un autre étranger.

§ 8. — *Application de l'article 420 du Code de procédure.*

355. — Les tribunaux français sont encore compétents pour statuer sur les contestations commerciales qui s'agissent entre étrangers, toutes les fois qu'on se trouve dans un des cas prévus par l'article 420 du Code de procédure. Dans ces différentes hypothèses, la compétence n'est pas facultative, l'étranger assigné ne peut la décliner, pas plus que le tribunal ne peut refuser de juger.

Nous avons vu, en parlant de l'état de notre législation ancienne sur la compétence dans les procès entre étrangers, que, déjà à cette époque, la jurisprudence se montrait favorable aux commerçants étrangers (V. *suprà*, p. 357 et suiv.). Nous avons rappelé l'ordonnance sur la marine, de 1681, applicable aux étrangers comme aux nationaux, et nous avons vu qu'on leur appliquait également l'ordonnance sur le commerce, du mois de mars 1673.

C'est dans cette dernière ordonnance qu'a été puisée la disposition de l'article 420 de notre Code de procédure, qui est ainsi conçu : « Le demandeur pourra assigner, à son choix, devant le

tribunal du domicile du défendeur — devant celui dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée — devant celui dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué. »

356. — L'article 420, § 1^{er}, n'est que la reproduction de l'article 59, § 1^{er}, du Code de procédure. Lors donc que l'étranger aura en France le centre de ses affaires, son principal établissement, il sera justiciable du tribunal de son domicile, peu importe qu'on lui reconnaisse en France un domicile légal ou seulement un domicile de fait, puisque nous avons vu que, dans les deux systèmes, on aboutit, en réalité, à cette conséquence que l'étranger est soumis à la juridiction des tribunaux français (938).

357. — L'article 420, § 2, établit la compétence du *forum contractus* qui n'est pas admise pour les affaires non commerciales, devant les tribunaux civils. L'étranger pourra donc être traduit devant le tribunal du lieu du contrat, toutes les fois que la promesse aura été faite et la marchandise livrée dans ce lieu (939).

358. — Aucun doute ne pourra non plus s'élever sur la compétence du tribunal du lieu où le paiement devait être effectué, dans les hypothèses où ce lieu aura été déterminé d'une manière expresse. Mais, si ce lieu n'a pas été expressément désigné, faut-il encore maintenir la compétence des tribunaux français, relativement aux obligations contractées par l'étranger qui a établi une maison de commerce en France, tout en conservant son domicile dans son pays d'origine ?

Sans doute, aux termes de l'article 1247, C. civ., le débiteur

(938) Aix, 17 mai 1831 ; S., 31, 2, 209. — Req. rej., 26 avril 1832 ; S., 32, 1, 455. — Paris, 17 avril 1852 ; Dal., 54, 5, 325. — 24 juin 1853 ; Dal., 54, 5, 324. — Trib. com. Seine, 7 janv. 1874 ; *J. dr. int.*, 1875, p. 114. — Req. rej., 22 nov. 1875 ; S., 76, 1, 213. — Paris, 19 déc. 1876 ; *J. dr. int.*, 1877, p. 39. — 9 nov. 1878 ; *op. cit.*, 1879, p. 62. — 10 juil. 1880 ; *eod. op.*, 1880, p. 474 et 475. — V. cependant, civ. rej., 28 juin 1820 ; C. n., 6, 1, 264.

(939) Trib. com. Seine, 15 mai 1872 ; *J. dr. int.*, 1874, p. 122.

est présumé s'être engagé à payer au lieu de son domicile ; mais, d'après le même article, cette règle souffre exception dans le cas où il y a eu convention de payer ailleurs qu'au domicile du débiteur, et cette convention peut être tacite. L'article 420, § 3, n'exige pas que le lieu du paiement ait été déterminé d'une manière expresse. Or, l'étranger qui a en France une maison de commerce où se trouve sa caisse, doit être réputé s'être engagé à payer dans le lieu où est le siège de son commerce, relativement aux obligations contractées pour le compte de sa maison de France. On ne peut prétendre qu'un négociant qui fait des affaires en France, peut-être depuis longtemps, doit être cité devant un tribunal étranger, à deux ou trois cents lieues de sa résidence, par cette raison qu'il est sujet d'un Etat étranger, et qu'il n'a pas entendu transporter son domicile en France. « Un pareil système, dit la Cour de Paris, indépendamment de son absurdité, irait à paralyser, ou plutôt à anéantir l'action de la justice à l'égard de ce négociant » (940).

Cette solution, conforme à l'équité et à la bonne foi, est aussi favorable à l'intérêt du commerçant lui-même, qui ne tarderait pas à voir son crédit diminué et le cours de ses opérations entravé, s'il prétendait renvoyer ses créanciers à son domicile étranger, pour y recevoir paiement de ce qu'il leur doit (941).

La doctrine est à peu près unanime pour admettre la compétence des tribunaux français dans les procès entre étrangers, lorsqu'on se trouve dans l'un des cas prévus par l'article 420 du Code de procédure (942).

(940) 24 mars 1817 ; C. n., 5, 2, 257.

(941) Merlin, *Répert.*, V^o *Etrang.*, § 3. — Pardessus, *Dr. com.*, t. IV, n^o 1477. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, p. 147, n. 47. — Req. rej., 26 avril 1832 ; S., 32, 1, 455. — Douai, 10 nov. 1854 ; Dal., 55, 2, 104, et la *note*.

(942) Merlin, *op. et loc. cit.*, § 2. — Demante, t. I^{er}, n^o 29 *bis*, IV, p. 86. — Toullier, t. I^{er}, n^o 265, p. 186. — Demolombe, t. I^{er}, n^o 261, 3^o. — Pardessus, *op. et loc. cit.* — Orillard, *Compét. et procéd. des trib. de com.*, n^{os} 626 et suiv. — Nouguier, *Trib. de com.*, t. II, p. 417, n^o 7. — Aubry et

359. — Cette solution est juridique à nos yeux, puisque nous reconnaissons la compétence générale de nos tribunaux à l'égard des étrangers, et que, dès lors, l'article 420 doit leur être appliqué, aussi bien qu'aux Français. On a ajouté qu'elle est conforme à la nature des opérations dont il s'agit. C'est qu'en effet, l'intérêt du commerce qui a pour marché l'univers, qui établit des relations entre les citoyens de tous pays, exige que l'on puisse se faire rendre promptement et facilement justice. La circonstance que les contractants sont de nationalité étrangère ne doit pas être une cause d'embarras et de retard, en obligeant les parties, au grand détriment de leur commerce, à aller porter leur différend devant une juridiction fort éloignée. On a compris que le concours de tous les peuples est une condition indispensable pour la prospérité du commerce, qui devient, sous le stimulant de l'intérêt, le grand messenger du progrès. Remarquons-le toutefois, ces raisons, bien qu'elles apparaissent avec moins de force, se rencontrent cependant dans les affaires non commerciales ; aussi, pensons-nous qu'elles seraient insuffisantes pour justifier, au point de vue de la compétence, une distinction entre les affaires civiles et les affaires commerciales. Si, dans ces dernières, nous admettons la compétence obligatoire de nos juges, c'est que nous trouvons ce principe établi dans l'article 420, C. pr., tandis qu'en matière civile, ni l'indication d'un lieu pour le

Rau, t. VIII, § 748 *bis*, p. 146, n. 46. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I^{er}, § 62, n° 6, p. 87, n. 23. — Massé, *Dr. com.*, t. I^{er}, n° 658. — Fœlix, t. I^{er}, n° 156, p. 327. — Laurent, *Dr. civ. int.*, t. IV, nos 27 et suiv. — Demangeat, *Condit. des étrang.*, n° 85, p. 391. — Haus, *op. cit.*, n° 108, p. 278. — Sapey, *Les étrangers en France*, p. 216. — Legat, *Code des étrangers*, p. 301. — Bertauld, *op. cit.*, t. I^{er}, n° 182, p. 146. — Alauzet, *Code de com.*, 2^e édit., t. VI, n° 2953. — Féraud-Giraud, *op. cit.*, p. 165. — Duranton, t. I^{er}, n° 152, p. 102. — Dal., *Répert.*, V^o *Dr. civ.*, nos 337 et suiv. — Bonfils, n° 211 *bis*. — V. toutefois, Bonfils, n° 211. — Cpr. Marcadé, t. I^{er}, sur l'art. 15, n° 142, p. 107. — Delvincourt, édit. 1824, t. I^{er}, *Notes*, p. 29.

paiement, ni la passation du contrat dans un endroit déterminé, ne sont attributives de juridiction au tribunal de ce lieu.

360. — Quoi qu'il en soit, ces considérations ont paru assez puissantes pour que la jurisprudence fit fléchir la rigueur de son principe, et reconnût avec la doctrine la compétence des tribunaux dans les procès entre étrangers, en matière commerciale.

Nous trouvons cependant des arrêts qui datent d'une époque déjà ancienne, et qui consacrent une autre théorie, qui, si elle n'est pas conforme aux besoins du commerce, découle du moins d'une manière beaucoup plus logique du principe admis par la jurisprudence. Le 6 février 1822, la Chambre civile de la Cour de cassation rejetait le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Paris, du 30 avril 1819, en déclarant « que les tribunaux français ne sont compétents pour connaître des contestations qui s'élèvent entre des étrangers, que dans les cas où ils y sont légalement autorisés, et que, dans l'espèce, la Cour de Paris, en reconnaissant qu'elle ne se trouvait dans aucun de ces cas, n'avait violé aucune loi » (943). Ce principe est, sans doute, conforme à celui que proclame encore aujourd'hui la jurisprudence, et l'on pourrait croire que la Cour entendait déclarer que la compétence de nos tribunaux n'eût pas été douteuse, si l'on se fût trouvé dans l'un des cas prévus par l'article 420, c'est-à-dire, si, dans l'espèce, la lettre de change avait été payable en France. Mais voici ce qu'on lit dans les qualités de cet arrêt : « La Cour de cassation, après en avoir mûrement délibéré et avoir examiné la question sous toutes ses faces, est demeurée convaincue que l'article 420 du Code de procédure civile ne pouvait régir les étrangers qui avaient contracté entre eux ; que cet article n'était fait que pour les nationaux..... » (944)

(943) C. n., 7, 1, 27. — Merlin, *op. et loc. cit.*

(944) V. sur cet arrêt, Merlin, *op. et loc. cit.* — V. également, civ. rej., 8 avril 1818 ; C. n., 5, 1, 461. — Paris, 15 avril 1825 ; C. n., 8, 2, 63.

Quelques années plus tard, la Cour de cassation rendait des arrêts contraires, et décidait que les actes de commerce sont du droit des gens, soumis dans leur exécution aux tribunaux du pays où ils ont eu lieu ; que l'article 420 ne fait aucune distinction entre les étrangers et les Français, et qu'il est certain que les tribunaux français sont tenus de prononcer sur les actes de commerce faits en France par des étrangers (945).

Depuis cette époque, des arrêts assez nombreux sont venus confirmer cette dernière interprétation de la Cour suprême (946).

Voilà donc la jurisprudence en contradiction avec elle-même sur le point de savoir quelle est la portée de l'article 420. En 1822, la Cour de cassation déclare que cet article n'est applicable qu'aux Français, et quelques années plus tard *il est certain*, d'après la même Cour, que cette disposition est applicable aux étrangers. Quels sont donc les motifs sur lesquels est fondée cette nouvelle dérogation à son principe ? Une pareille théorie est-elle bien juridique, en présence de la règle générale, par elle

(945) Req. rej., 24 avril 1827 ; C. n., 8, 1, 579. — Civ. cassat., 26 nov. 1828 ; Dal., *Répert.*, V^o *Compét. com.*, n^o 520.

(946) Rennes, 28 déc. 1820 ; C. n., 6, 2, 343. — Paris, 10 nov. 1825 ; C. n. 8, 2, 147. — Req. rej., 24 avril 1827 ; C. n., 8, 1, 579. — Civ. cassat., 26 nov. 1828 ; C. n., 9, 1, 192. — Montpellier, 23 janv. 1841, S., 41, 2, 193. — Douai, 3 avril 1845 ; Dal., 45, 4, 250. — Paris, 13 mars 1849 ; S., 49, 2, 637. — 17 avril 1852 ; Dal., 54, 5, 325. — 24 juin 1853 ; Dal., 54, 5, 325. — 3 mai 1855 ; Dal., 55, 2, 166. — 9 nov. 1878 ; *J. dr. int.*, 1879, p. 62. — Douai, 10 nov. 1854 ; Dal., 55, 2, 104. — Civ. rej., 9 mars 1863 ; S., 63, 1, 225. — Req. rej., 10 juil. 1865 ; S., 65, 1, 350. — Trib. com. Bordeaux, 29 fév. 1868 ; S., 69, 2, 77. — Nancy, 22 nov. 1873 ; S., 74, 2, 13. — Trib. com. Marseille, 16 nov. 1874 ; *J. dr. int.*, 1875, p. 432. — 15 mai 1878, *op. cit.*, 1879, p. 171. — Alger, 16 nov. 1874 ; *eod. op.*, 1876, p. 268. — Req. rej., 22 nov. 1875 ; Dal., 77, 1, 373. — Trib. com. Seine, 19 juin 1877 ; *J. dr. int.*, 1878, p. 265. — Aix, 1^{er} avril 1879 ; *op. cit.*, 1880, p. 577. — Douai, 16 juil. 1879 ; *eod. op., loc. cit.* — Trib. civ. Seine, 1^{er} mai 1880 ; *eod. op.*, 1880, p. 394. — Chambéry, 11 fév. 1880 ; *Le Droit*, 16 janv. 1881. — Paris, 10 juil. 1880 ; *eod. op.*, 1880, p. 474 et 475.

maintes fois répétée, que les tribunaux français sont incompétents pour statuer sur les contestations entre étrangers ? Nous ne saurions mieux faire que de reproduire ici les considérants d'un arrêt de la Cour de Nancy, qui contient un véritable exposé des motifs de la jurisprudence (947).

« Attendu que, dans l'intérêt du commerce international et pour en encourager les transactions par l'octroi de garanties sérieuses, l'ancienne législation accordait aux étrangers le droit de saisir les tribunaux français des difficultés nées entre eux à l'occasion d'engagements commerciaux contractés en France; que ce droit résultait des dispositions de l'article 17, tit. XII, de l'ordonnance du mois de mars 1673, interprété ainsi par l'usage, la jurisprudence constante des Parlements et la doctrine des auteurs les plus accrédités; que rien n'autorise à croire que le législateur moderne ait entendu modifier un état de choses aussi utile et aussi fermement établi; qu'il a voulu, au contraire, manifester son intention formelle de le maintenir, en se servant à l'article 420 des termes mêmes dont se servait l'ordonnance de 1673 précitée; que, dans la nouvelle, comme dans l'ancienne législation, les mêmes termes expriment évidemment la même idée et répondent aux mêmes besoins.... »

La Cour réfute ensuite l'objection tirée de ce que l'ordonnance de 1673 ne s'appliquant qu'aux marchés faits en foire, l'article 420 devrait aussi ne s'appliquer qu'aux marchés de même nature; puis elle ajoute : « Attendu d'ailleurs que, par l'extrême généralité de son troisième paragraphe, l'article 631 du Code de commerce se montre encore plus favorable à la compétence des tribunaux français que l'article 420, promulgué longtemps avant lui; qu'il semble, en effet, régir tous les actes de commerce, passés entre étrangers sur le territoire français, sans distinction, et que cette disposition plus libérale s'explique par la considération que les actes de commerce constituent des contrats du droit

(947) 22 nov. 1873, cité à la note précédente.

des gens, comme l'a dit la Cour suprême, dans son arrêt du 24 avril 1827, et que les lois commerciales appartiennent en quelque sorte à la catégorie des lois de police dont s'occupe l'article 3 du Code civil, comme l'enseigne M. Pardessus, et, après lui, M. Demolombe.... »

Cette argumentation nous paraît insoutenable dans le système général de la jurisprudence. Remarquons d'abord que l'ordonnance de 1673 ne parlait pas des étrangers d'une manière expresse, et, si on l'interprétait de façon à la leur rendre applicable, c'était, en réalité, comme le fait remarquer Boullenois (948), parce que l'on avait compris que le commerce aurait trop à souffrir, si l'étranger n'était pas à portée de se faire rendre facilement justice et de se faire payer. Ajoutons que l'ordonnance ne s'appliquait qu'aux actes passés en foire. Aussi, M. Bonfils fait-il une distinction, et, tout en admettant que l'étranger défendeur n'est pas plus tenu de se laisser juger en matière commerciale qu'en matière civile, il reconnaît cependant à nos tribunaux une compétence obligatoire, lorsque la dette commerciale a été contractée en foire (949).

La jurisprudence trouve-t-elle donc dans nos lois actuelles une base juridique suffisante, sur laquelle puisse reposer son système ? L'article 420, pris isolément, est impuissant à établir la compétence de nos tribunaux à l'égard des étrangers. Le Code de procédure est, en effet, une loi destinée à déterminer la compétence spéciale des tribunaux territoriaux ; mais il n'a pas eu pour but et ne saurait avoir pour effet de tracer des règles de compétence internationale. Il détermine seulement, parmi les tribunaux compétents, celui qui, en matière commerciale, devra connaître de la contestation. Cet article ne distingue pas, sans doute, entre les nationaux et les étrangers ; mais il ne pouvait pas et ne devait pas faire cette distinction, car il ne

(948) *Traité des statuts réels et personnels*, t. I^{er}, p. 608.

(949) Nos 211 et 211 bis.

décide pas la question de savoir qui est justiciable des tribunaux français ; il reconnaît seulement au demandeur, lorsque les parties sont justiciables de nos tribunaux, la faculté de saisir l'une des trois juridictions indiquées. Il faut donc rechercher avant tout qui est justiciable des tribunaux français. L'étranger est-il soumis à cette juridiction ? C'est là une question à laquelle l'article 420 ne répond pas. La jurisprudence, nous l'avons vu, pose en principe l'incompétence de nos juges et, par conséquent, elle ne saurait se prévaloir de cet article pour établir leur juridiction dans un cas où elle est contestée, alors que cette disposition suppose reconnue la compétence générale qu'elle refuse d'admettre.

Nous en dirons tout autant de l'article 631, C. com. que la Cour de Nancy invoque également, en se fondant sur l'extrême généralité de son troisième paragraphe. Cette disposition, destinée à fixer la compétence des tribunaux de commerce, n'a, en effet, d'autre but que de soumettre à leur juridiction les contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes, c'est-à-dire entre tous ceux, commerçants ou non, qui sont soumis à la compétence générale des tribunaux français.

Ni l'article 420, C. pr., ni l'article 631, C. com., ne sauraient donc servir de base à la théorie de la jurisprudence. Elle a toutefois recours à un argument d'une autre nature : les actes de commerce constituent des contrats du droit des gens ; en fait de commerce, il n'y a pas d'étrangers. Assurément, le commerce est du droit des gens, mais enfin, d'après cette même jurisprudence, la justice n'est due qu'aux nationaux, et il faut une loi ayant force obligatoire en France pour attribuer compétence aux tribunaux français à l'égard des étrangers. Or, cette loi, où est-elle ? C'est en vain que nous la cherchons, nous ne la trouvons pas. Cet argument ne prouve donc absolument rien, ou, s'il prouve quelque chose, il prouve beaucoup trop et renverse le système général de la jurisprudence. C'est, en effet, une affirmation sans fondement bien solide, que celle qui prétend dis-

tinguer entre les actes de commerce et les actes purement civils, pour réserver aux premiers la qualification de contrats du droit des gens. On ne conçoit pas, comme le fait observer la Cour de Caen (950), qu'un contrat commutatif, tel qu'une vente, soit du droit des gens et soumis aux tribunaux français, s'il a un but commercial, et du droit civil, s'il n'est pas commercial. Ce n'est pas le commerce qui donne à la série d'actes dont il se compose le caractère de contrats du droit des gens ; c'est, au contraire, parce que ce caractère leur appartient déjà, que le commerce dépend du droit des gens. Il n'y a donc pas de motif pour distinguer, au point de vue de la compétence, entre les actes commerciaux et les actes purement civils, et, si l'on attribue à juste titre la connaissance des premiers à la justice française, il y a lieu de suivre la même règle en ce qui concerne les autres. Nous avons donc raison de dire que cet argument détruit le système général de la jurisprudence, et que ce qui est présenté comme exception, devient en réalité la règle. On voit également que cette jurisprudence exceptionnelle, relativement aux affaires commerciales, repose sur une base qui lui fera complètement défaut, le jour où les tribunaux voudront tirer toutes les conséquences du principe que les juges français sont incompétents pour statuer sur les contestations entre étrangers en matière civile (950 *bis*).

Aussi a-t-on cherché à fortifier cette argumentation par d'autres preuves. N'est-ce pas, a-t-on dit, une loi de police, que celle qui concerne la rapidité et la bonne foi, si nécessaires dans les affaires de commerce (951)? Certes, nous sommes le premier à reconnaître que la rapidité et la bonne foi sont nécessaires dans les affaires de commerce ; mais nous ne sachions pas que la bonne foi soit exclue des affaires non commerciales, et, de

(950) 5 janv. 1846; S., 47, 2, 456.

(950 *bis*) Laurent, *Dr. civ. int.*, t. IV, nos 28 et 29. — Bonfils, n° 211.

(951) Pardessus, *op. cit.*, t. IV, n° 1477. — Demolombe, t. I^{er}, n° 261, 3^o.

ce que la condition de célérité, qui existe dans toutes les contestations, se fait surtout sentir dans celles qui sont relatives au commerce, ce n'est pas une raison suffisante pour en conclure que l'article 420 est applicable aux étrangers. Nous comprenons facilement que, dans les lois de police et de sûreté, on fasse rentrer, outre les lois dont l'exécution est garantie par une sanction pénale, celles qui sont destinées à assurer le maintien du bon ordre et la sécurité des personnes et des choses; mais ce serait interpréter arbitrairement ces expressions et leur donner une portée qu'elles n'ont pas en réalité, que d'y comprendre les lois concernant les affaires de commerce, pour en exclure celles qui appartiennent à un autre ordre.

Il n'y a donc pas, selon nous, étant donné le système général de la jurisprudence sur la compétence à l'égard des étrangers, il n'y a pas, disons-nous, de raisons suffisantes pour justifier cette dérogation à son principe. L'intérêt du commerce, tel est, en réalité, le véritable fondement de cette dérogation que les tribunaux ont essayé d'établir juridiquement. Ils ont compris que ce serait porter un coup fatal à la prospérité et à l'existence même des relations commerciales, que de refuser aux étrangers le droit de réclamer contre d'autres étrangers la faculté établie par l'article 420. M. Massé a très-bien exprimé cette idée dans quelques lignes, et nous partageons complètement sa manière de voir, quand il dit : « Les tribunaux, trop éclairés pour ne pas voir que le commerce étranger ne pourrait pas subsister dans l'État, si l'on refusait aux commerçants étrangers le droit de s'y actionner réciproquement, et qui pouvaient se considérer comme liés par leur jurisprudence antérieure sur la compétence des tribunaux français entre étrangers, ont mieux aimé faire un mauvais raisonnement que de rendre de mauvais arrêts » (952).

Remarquons, en terminant, que nous ne repoussons pas la solution donnée par la jurisprudence, puisque nous accordons

nous-mêmes à l'étranger le droit d'actionner un autre étranger devant les tribunaux français, lorsqu'on se trouve dans l'un des cas prévus par l'article 420, C. pr. Si nous avons fait cette longue argumentation, c'est pour montrer, une fois de plus, que la condamnation du système de la jurisprudence se trouve dans la jurisprudence elle-même, qui consacre dans ses décisions des règles contraires à celles qui devraient logiquement découler de son principe (953).

361. — La jurisprudence belge reconnaît également que les étrangers sont justiciables des tribunaux du pays en matière commerciale, et des arrêts ont même décidé qu'ils étaient soumis à leur juridiction, par cela seul qu'ils avaient en Belgique une résidence habituelle (954).

Nous avons deux observations à présenter à propos de cette jurisprudence belge. La première, c'est que nous ne saurions approuver ceux de ces arrêts qui soumettent l'étranger à la juridiction belge, alors même qu'il n'avait en Belgique qu'une simple résidence, et par cette seule raison que la résidence tient lieu du domicile au point de vue de la compétence (V. *infra*, n° 370). La deuxième, c'est que nous n'approuvons pas non plus les arrêts de la Cour de Bruxelles, du 19 mai 1841 et du 15 février 1850, en tant que, tout en reconnaissant que l'étranger défendeur avait en Belgique un domicile de fait, ils semblent cependant décider que la compétence est seulement facultative. C'est ce que paraît admettre également un jugement du tribunal de commerce d'Anvers, du 20 juillet 1874 (955). Le tribunal

(953) Bonfils, n° 211. — Laurent, *Dr. civ. int.*, t. IV, p. 61, nos 28 et s. — Foelix, t. I^{er}, n° 156, p. 328. — Massé, t. I^{er}, n° 658, p. 613.

(954) Bruxelles, 27 juil. 1824; Dal., *Répert.*, V° *Dr. civil*, n° 350, 1°.— 15 mai 1830; Dal., *loc. cit.*, n° 350, 2°.— 19 nov. 1831; Dal., *loc. cit.*, 3°.— 13 juin 1840; Dal., *Répert.*, V° *Effets de com.*, n° 892. — 19 mai 1841; Dal., *Répert.*, V° *Dr. civ.*, n° 350, 3°, n. 5. — 8 nov. 1842, Dal., *loc. cit.*, n° 350, 4°. — Trib. com. Bruxelles, 26 nov. 1849; confirmé par Bruxelles, 15 fév. 1850; Dal., 54, 5, 325. — V. aussi, Haus, *op. cit.*, n° 108, p. 278 et s.

(955) *J. dr. int.*, 1875, p. 216.

décide, en effet, qu'aucune loi ne défend aux tribunaux de connaître des procès entre étrangers, et il ajoute que le défendeur ne prouve pas qu'il y ait des motifs pour le tribunal de se déclarer incompétent.

362. — Si l'on se trouve en dehors des différentes circonstances indiquées dans l'article 420, C. pr., les tribunaux français ne seront plus compétents, du moins en vertu de cette disposition spéciale, sans préjudice toutefois du devoir ou, tout au moins, de la faculté pour eux de retenir la connaissance de l'affaire, conformément à l'une ou à l'autre des règles que nous avons déjà posées ou qu'il nous reste encore à établir (956).

363. — Nous avons eu l'occasion de parler d'une manière spéciale des mesures provisoires et conservatoires (V. *suprà*, n^{os} 323 et s). Constatons seulement qu'en matière commerciale il appartient aux tribunaux français de prendre des mesures qui ne préjugent pas le fond, et n'ont d'autre objet que de laisser les choses entières jusqu'à ce que l'affaire ait été jugée par l'autorité compétente (957), peu importe d'ailleurs que l'étranger ait ou non son domicile en France, et que l'obligation ait été contractée et doive être exécutée en France ou à l'étranger (958). Leur incompétence sur le fond ne fait pas obstacle à ce qu'ils prennent de pareilles mesures, de même que le seul fait qu'une

(956) Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, p. 147, n. 48. — Aix, 13 juil. 1831 ; S., 33, 2, 45. — Paris, 13 mars 1849 ; S., 49, 2, 637. — Douai, 5 juin 1851 ; Dal., 53, 2, 164. — Paris, 8 mars 1853 ; Dal., 55, 2, 76. — Rouen, 23 avril 1855 ; Dal., 55, 2, 167. — Paris, 8 avril 1865 ; S., 65, 2, 201. — 23 juil. 1870 ; Dal., 71, 2, 24. — Pau, 2 fév. 1870 ; S., 70, 2, 139. — Bruxelles, 14 nov. 1871 et 23 juil. 1873 ; *J. dr. int.*, 1874, p. 39 et 325. — Trib. com. Seine, 29 avril 1873, confirmé par Paris, 2 janv. 1875 ; *J. dr. int.*, 1876, p. 104. — Civ. rej., 17 juil. 1877 ; S., 77, 1, 449. — Civ. cassat., 15 janv. 1878 ; S., 78, 1, 300. — V. aussi, trib. com. Seine, 5 déc. 1878 ; *J. dr. int.*, 1879, p. 66.

(957) Aix, 6 janv. 1831 ; S., 33, 2, 43. — Trib. com. Marseille, 5 avril 1877, confirmé par Aix, 16 avril 1877 ; *J. dr. int.*, 1878, p. 161. — 13 fév. 1880 ; *op. cit.*, 1880, p. 302.

(958) V. cependant, Aix, 13 juil. 1831 ; S., 33, 2, 45.

mesure conservatoire a été ordonnée par le président d'un tribunal de commerce français, ne suffit pas pour rendre le tribunal compétent et lui permettre de statuer sur le fond, si, d'après les règles du droit commun sur la compétence, le tribunal étranger peut seul connaître de la contestation. En ordonnant de telles mesures, le président fait usage d'un pouvoir tout à fait distinct du pouvoir judiciaire qui doit statuer sur le fond du procès (959).

§ 9. — *Extranéité acquise frauduleusement.*

364. — Quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur le point de savoir si les juges français sont ou non compétents dans les procès entre étrangers, et alors même que l'on poserait en principe que l'étranger n'est pas justiciable de nos tribunaux, il faut reconnaître qu'il y aurait lieu d'apporter une exception à ce principe, dans le cas où le défendeur aurait eu recours à des manœuvres frauduleuses pour échapper à une juridiction à laquelle il était tenu de se soumettre.

L'extranéité acquise par une partie, dans le but de faire fraude à la loi française et de se soustraire à des obligations qui pesaient sur elle, ne saurait, en effet, être opposée à l'autre partie (960). En ce qui concerne spécialement la compétence, il faut décider qu'il n'y a pas lieu de prendre en considération devant les tribunaux français une exception d'extranéité, quand la nationalité étrangère a été acquise dans de telles conditions. Les tribunaux ont fait plusieurs fois application de cette règle, et ont décidé, notamment, qu'un citoyen français qui se fait naturaliser suisse, dans le but d'obtenir un divorce prohibé par la loi française, et de se soustraire à la juridiction des tribunaux français, en enlevant à son conjoint les garanties que lui offrait cette juridiction, ne

(959) Trib. com. Marseille, 25 fév. 1878; *J. dr. int.*, 1878, p. 372.

(960) Paris, 17 juil. 1876; S., 76, 2, 249, confirmé par civ. rej., 18 mars 1878; S., 78, 1, 198.

pouvait opposer à ce dernier sa nouvelle nationalité pour décliner la compétence des juges français, et revendiquer le bénéfice des conventions diplomatiques passées avec la Suisse, qui attribuent compétence aux juges naturels du défendeur (961).

§ 10. — *Exécutions.*

365. — Chaque Etat possède et exerce seul, exclusivement à tout autre, la souveraineté et la juridiction dans toute l'étendue de son territoire; aussi, le principe de l'indépendance réciproque des nations recevrait-il une grave atteinte, si les actes émanés de la puissance souveraine d'un Etat, étaient, en vertu du seul mandat de cette puissance, susceptibles d'exécution forcée au-delà de ses frontières, sur un territoire où règne une souveraineté étrangère. Les actes et jugements, dressés ou rendus par des officiers ou des juges étrangers, ne peuvent recevoir cette force exécutoire qui leur fait défaut, que des magistrats qui tiennent leurs pouvoirs de la souveraineté territoriale. Ce principe a été consacré par notre législation, et il appartient aux tribunaux français de rendre exécutoires en France les actes émanés d'une autorité étrangère (art. 2123, C. civ., et 546, C. pr.). Mais la compétence, sur ce point, doit-elle être reconnue, quelle que soit la nationalité des parties en cause, et, spécialement, l'étranger peut-il demander à nos tribunaux de rendre exécutoire en France un jugement qu'il a obtenu à l'étranger à l'encontre d'un autre étranger?

Il nous paraît bien difficile de ne pas répondre affirmativement à une telle question, quelle que soit d'ailleurs l'opinion que l'on adopte, en principe, sur la compétence des tribunaux français à

(961) Féraud-Giraud, *op. cit.*, 1880, p. 171. — Req. rej., 16 déc. 1845; S., 46, 1, 100. — Civ. rej., 19 juil. 1875; S., 76, 1, 289. — V. aussi la note de M. Labbé, sous ce dernier arrêt, et la dissertation publiée par M. Reverchon, dans la *Revue critique* de 1877, p. 65 et suiv.

l'égard des étrangers. Décider le contraire, ce serait, en effet, faire une confusion évidente entre l'action et l'exécution. La partie qui se présente n'est pas un plaideur qui vient soumettre aux tribunaux français une prétention non vérifiée; c'est un étranger, porteur d'un jugement, qui demande aux magistrats français un ordre d'exécution que les officiers publics étrangers n'ont pu lui délivrer que dans les limites de la souveraineté de laquelle ils tiennent leurs pouvoirs. Ce qu'il requiert, par conséquent, ce n'est pas une condamnation contre son débiteur, mais uniquement la permission d'exécuter une condamnation qui a déjà été prononcée. Il n'y a donc plus à se préoccuper, comme dans le cas où la justice se trouve directement saisie de la contestation, du point de savoir si le demandeur ne doit pas être renvoyé à se pourvoir devant les juges étrangers compétents, parce que ces juges ont déjà statué sur le point litigieux.

La question de l'exécution de l'obligation et celle de son existence en France étant ainsi nettement séparées, il est clair que les tribunaux français qui refuseraient de donner au jugement étranger la force exécutoire qui lui fait défaut, commettraient un déni de justice et violeraient les articles 546 du Code de procédure et 2123 du Code civil. Ces articles ne font, en effet, aucune distinction, selon que le jugement a été rendu entre Français et étrangers ou entre étrangers. Ils ne sont que la conséquence d'une loi d'ordre public, et aux tribunaux français seuls il appartient de faire mettre à exécution sur le territoire français, les décisions émanées d'une juridiction étrangère. Il faut donc supprimer ces articles, ou décider qu'il en résulte la compétence obligatoire du juge français pour statuer sur la demande d'exécution du jugement étranger. Toute autre solution conduirait d'ailleurs à des résultats déplorables. Ce serait, en effet, permettre à l'étranger qui a contracté des obligations au profit d'un autre étranger, de narguer, pour ainsi dire, la justice de son pays, et d'entourer d'une sorte d'inviolabilité les biens qu'il

possède en France, au détriment de ses créanciers également étrangers. Ce serait encore énerver et amoindrir l'action de la justice, bouleverser les relations civiles et commerciales des peuples, et provoquer d'inévitables représailles (962).

366.— Mais quels seront, en pareil cas, les pouvoirs du juge français appelé à donner la force exécutoire au jugement étranger? Il pourra, sans doute, examiner si la décision émane d'une juridiction compétente; si elle a été rendue, les parties dûment citées et légalement représentées ou défaillantes; si les règles du droit public ou les intérêts de l'ordre public du pays où l'exécution est demandée, ne s'opposent pas à ce que la décision du tribunal étranger ait son exécution. Mais aura-t-il le droit de réviser le jugement au fond, dans l'intérêt privé des parties, ou devra-t-il accorder un simple *pareatis*, après avoir examiné les différents points que nous venons d'énumérer? Faudra-t-il, comme le faisait l'ordonnance de 1629 (art. 121), distinguer selon que le jugement aura ou non été rendu contre un Français? Cette question rentre dans la théorie de l'effet des jugements étrangers en France, qui devrait faire l'objet d'un travail tout spécial. Aussi, malgré l'intérêt que présente une telle théorie et le vif désir que nous aurions eu de l'aborder, nous avons dû y renoncer pour nous livrer exclusivement à l'étude de la compétence, sans avoir même la prétention de résoudre les nombreuses difficultés qu'une telle question est de nature à soulever.

Quoi qu'il en soit de cette controverse, la solution que l'on adoptera ne pourra être de nature à modifier la nôtre sur la

(962) Bonfils, n° 208, p. 181. — Féraud-Giraud, *op. cit.*, 1880, p. 233. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, p. 149. — Fœlix, t. I^{er}, n° 161, p. 335. — Demangeat, sur Fœlix, t. I^{er}, p. 336, n. a; *Condit. des étrangers*, n° 85, p. 392. — Paris, 7 janv. 1833; S., 33, 2, 145. — 17 mai 1836; S., 36, 2, 309. — 6 mai 1859; S., 59, 2, 480. — Civ. cassat., 10 mars 1863; S., 63, 1, 293. — Paris, 22 fév. 1869; S., 69, 2, 144. — Trib. civ. Seine, 20 juil. 1881; *Le Droit*, 21 juil. 1881. — *Contrà* : Paris, 15 juin 1861; S., 61, 2, 455.

compétence. En effet, nous avons reconnu que nos tribunaux sont, en principe, compétents pour statuer sur les contestations entre étrangers ; par conséquent, aux termes de l'article 546, C. pr., il leur appartient de rendre exécutoires les jugements rendus entre étrangers, aussi bien que ceux qui ont été rendus entre Français et étrangers. S'il résulte de cette disposition, selon l'opinion qui domine dans la jurisprudence, que les jugements étrangers n'ont pas l'autorité de la chose jugée en France, il appartiendra également à nos tribunaux, en vertu de cet article, de réviser le jugement au fond, quelle que soit la nationalité des parties (963).

Il est à remarquer d'ailleurs que des auteurs, tout en admettant comme règle générale, l'incompétence des tribunaux français dans les procès entre étrangers, leur reconnaissent cependant le pouvoir de réviser au fond le jugement étranger. Voici comment s'exprime à cet égard M. Féraud-Giraud (964) : « Les tribunaux français, par voie de révision, auront bien à apprécier le mérite de la décision rendue ; mais à un point de vue tout spécial et local, au point de vue de l'exécution en France, matière dont non-seulement ils peuvent connaître, mais encore dont ils doivent seuls connaître, par application des règles du droit de souveraineté territoriale. »

C'est également en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence, bien que, dans un certain nombre d'arrêts, l'autorité de la chose jugée ait été reconnue aux jugements étrangers, alors que les parties étaient étrangères toutes deux.

Nous comprenons que l'on reconnaisse aux juges français, en se fondant sur les articles 546, C. pr., et 2123 C. civ., le pouvoir exclusif de donner au jugement étranger la force exécutoire. Il faudrait même, tout en admettant le principe de l'incompétence, leur reconnaître le pouvoir de réviser au fond, si un texte de loi

(963) Bonfils, *loc. cit.*

(964) *J. dr. int.*, 1880, p. 234.

le leur accordait et apportait ainsi une dérogation au principe ci-dessus indiqué. Mais nous comprenons moins facilement qu'en l'état actuel de notre législation sur ce point, des auteurs et des arrêts, tout en admettant ce principe, attribuent compétence à ces mêmes juges pour réviser au fond les jugements étrangers, rendus entre deux étrangers. En effet, il n'est écrit nulle part dans nos lois que les tribunaux ont un droit de révision sur de pareils jugements, et, dès lors, ne fallait-il pas, pour résoudre la question, se reporter à la théorie générale sur la compétence à l'égard des étrangers ? Si, du silence de nos Codes sur les contestations entre étrangers, il faut conclure, comme le fait la jurisprudence, au principe de l'incompétence des juges français pour statuer sur de telles contestations, ne doit-on pas en conclure également qu'en l'absence de dérogation certaine à ce principe, leur compétence ne peut être établie par voie indirecte et détournée, au moyen de la révision du jugement déjà obtenu à l'étranger ? Si les motifs sont les mêmes, pourquoi les effets seraient-ils différents ?

Et que deviennent donc les raisons invoquées par cette même jurisprudence, pour refuser à l'étranger le droit à la justice française ? Les tribunaux français n'ont-ils pas été institués pour rendre la justice exclusivement aux nationaux ? L'appréciation difficile de jugements émanés d'une juridiction étrangère, n'absorbera-t-elle pas une grande partie du temps que les magistrats doivent aux nationaux ? N'exige-t-elle pas la connaissance des lois du pays dans lequel la sentence a été rendue ? Comment toutes ces raisons, assez fortes pour justifier l'incompétence de nos juges, alors que le créancier étranger intente directement son action contre son débiteur étranger, viennent-elles subitement à disparaître dans le cas où le débat a déjà subi une première épreuve devant d'autres juges ? On arrive ainsi, après un circuit d'actions, à soumettre aux juges français la connaissance d'une affaire que l'on n'avait pas hésité à déclarer hors de leur compétence. Cette

dérogação au principe de la jurisprudence est d'autant plus remarquable, qu'elle a pour résultat d'attribuer compétence à nos juges, pour des contestations entre étrangers qui peuvent n'avoir en France ni domicile ni résidence, et relatives à des faits ou des contrats accomplis ou passés à l'étranger, pourvu que la partie condamnée possède des biens en France.

Nous constatons donc, une fois de plus, que la jurisprudence manque de logique dans ses décisions. La Cour de Paris, dans un arrêt du 15 janvier 1861 (965), a très-bien compris qu'il y avait une certaine contradiction entre le principe que la justice n'est due qu'aux nationaux, et le droit de réviser le jugement étranger, rendu entre étrangers. Elle a sans doute été déterminée par cette idée qui prévaut en jurisprudence, que la force exécutoire ne peut être accordée qu'après une révision au fond du jugement étranger, et elle en a conclu qu'elle était incompétente pour statuer sur l'exécution elle-même. Que l'on parcourè les considérants de cet arrêt, et l'on y trouvera tous les principaux arguments donnés par les tribunaux français pour décider qu'ils sont, en principe, incompétents pour statuer sur les contestations entre étrangers; tant il est vrai, comme nous le faisons remarquer il y a un instant, que ces raisons conservent toute leur force, quand il s'agit de savoir si le juge français a compétence pour réviser au fond le jugement rendu à l'étranger entre deux étrangers.

Mais, si nous citons cet arrêt comme étant d'une rigoureuse logique, nous ne saurions approuver la solution qu'il consacre. Ce serait, comme le dit M. Demangeat (966), rétrograder à une époque où les étrangers étaient des ennemis, n'ayant droit à aucune justice, que de refuser à un créancier étranger le droit de poursuivre en France, contre son débiteur étranger, l'exécution de ses obligations. De ce que le juge français aura à

(965) S., 61, 2, 455.

(966) Sur Félix, t. 1^{er}, p. 336, n. a.

apprécier le jugement étranger d'après les lois du pays où il a été rendu, la Cour conclut qu'il est incompétent pour statuer sur l'exécution réclamée par la partie qui l'a obtenu. Ce n'est pas ainsi, à notre avis, que la Cour de Paris aurait dû raisonner; elle n'aurait pas dû admettre le droit de révision pour en faire découler l'incompétence des tribunaux français, mais, au contraire, conclure de l'incompétence générale de ces tribunaux à l'absence du droit de révision, tout en admettant, conformément aux articles 546, C. pr. et 2123, C. civ., qu'il appartient à nos juges de donner au jugement étranger la force exécutoire sur le territoire français. Cet arrêt, soumis à la censure de la Cour suprême, a d'ailleurs été cassé par un arrêt de la Chambre civile, du 10 mars 1863 (967).

367. — Lorsque l'étranger sera muni d'un titre exécutoire émanant d'une autorité française, ou même d'une autorité étrangère, et rendu exécutoire en France par un juge français, il pourra se livrer, à l'encontre d'un autre étranger, sur les biens meubles et immeubles qu'il possède en France, à toutes les exécutions que comporte son titre et qu'autorisent les lois françaises. Il devra se conformer aux prescriptions de ces lois, et les tribunaux français seront compétents pour statuer sur les incidents auxquels pourront donner lieu les actes d'exécution (968).

Nous aurions pu exposer ici les difficultés que peut faire naître la compétence en matière de saisie-arrêt; mais nous nous en sommes déjà occupé, en parlant des actes conservatoires, et nous nous bornons à renvoyer aux développements que nous avons donnés sur la question de savoir si les tribunaux français sont compétents pour autoriser une pareille saisie et en prononcer ensuite la validité (V. *suprà*, n^{os} 328 et suiv.).

(967) S., 63, 1, 293.

(968) Féraud-Giraud, *op. cit.*, 1880, p. 234. — Fœlix, t. I^{er}, n^o 161, p. 336. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, p. 149, n. 56.

SECTION II

Compétence facultative.

§ I^{er}.— *Principe.*

368. — Tels sont les différents cas dans lesquels il faut admettre la compétence obligatoire des tribunaux français pour statuer sur les contestations entre étrangers. Lorsqu'on se trouve dans l'une ou l'autre des hypothèses que nous venons de parcourir, c'est en vain que le défendeur souleverait l'exception d'incompétence; le débat peut toujours être porté devant nos tribunaux, auxquels il n'appartient pas de se dessaisir de l'affaire.

Nous sommes arrivé, en définitive, à peu près aux mêmes résultats que la jurisprudence; car, sauf certaines exceptions, nous avons vu qu'elle reconnaît la juridiction de nos tribunaux dans les cas où nous leur avons nous-mêmes attribué compétence. Ce que nous blâmons, ce n'est donc pas, en général, la solution en elle-même; nos critiques portent plutôt sur les moyens d'y arriver, et sur ce que la jurisprudence, tout en partant d'un principe contraire au nôtre, arrive cependant à des conséquences à peu près identiques, et qui, logiquement, du moins dans la plupart des cas, ne semblent pas admissibles en face du principe qui sert de base à toute sa théorie.

369. — Mais, lorsqu'on ne se trouve plus dans l'une ou l'autre de ces circonstances, va-t-elle au moins proclamer l'incompétence absolue de nos tribunaux et faire une application logique de son principe? Ici encore, elle a reculé devant les conséquences qui en résulteraient, et elle a adopté un système que l'on désigne généralement sous le nom de *compétence facultative*. Il peut se résumer dans les deux propositions suivantes :

1° L'étranger, traduit devant un tribunal français par un

autre étranger, n'est pas tenu d'accepter la juridiction de ce tribunal. Il doit donc être admis à proposer le déclinatoire d'incompétence, pourvu qu'il le fasse à un moment où, d'après la nature de l'incompétence, l'exception peut encore être opposée.

2° Lorsque l'étranger s'est soumis expressément ou tacitement à la juridiction de nos juges, ce consentement lui-même ne lie pas le tribunal qui peut se dessaisir d'office de la connaissance de l'affaire.

« Attendu, dit la Cour de cassation, que les tribunaux français n'ont une compétence *positive* pour juger les contestations entre étrangers que dans les cas où la loi leur en attribue la connaissance; que, dans les autres cas, la compétence n'étant pas réglée par la loi, est *facultative*, en ce sens que les tribunaux ne sont valablement saisis qu'autant qu'ils consentent à juger et que les parties en cause reconnaissent volontairement leur juridiction.... attendu que les tribunaux français peuvent, sauf les cas particuliers autorisés par la loi, s'abstenir de connaître des contestations qui s'élèvent entre des étrangers, lors même que ceux-ci, par leur consentement formel, se soumettraient à leur juridiction..... » (969).

Cette théorie de la jurisprudence est fondée sur les observations qui furent échangées lors de la discussion au Conseil d'Etat, dans la séance du 6 thermidor an IX. M. de Fermon demande si un étranger peut traduire devant un tribunal français un autre étranger, qui a contracté envers lui une dette payable en France. M. Tronchet répond que le principe général veut que le demandeur aille devant le juge du défendeur; que, cependant, dans l'hypothèse proposée, le tribunal aurait le droit de juger si sa juridiction n'était pas déclinée (970).

Nous devons dire, dès maintenant, que nous admettons nous-mêmes les deux propositions ci-dessus formulées, mais nous nous

(969) Req. rej., 10 mars 1858; S., 58, 1, 529.

(970) Locré, t. II, p. 43 et 44.

réserveons d'apprécier leur valeur dans le système de la jurisprudence, et au point de vue de l'incompétence générale de nos tribunaux à l'égard des étrangers.

370. — PREMIÈRE RÈGLE. — Nous disons d'abord que l'étranger n'est pas tenu de se laisser juger par nos tribunaux, et qu'il peut utilement opposer le déclinatoire d'incompétence. Nous supposons toujours que le défendeur n'est pas domicilié en France, et nous nous plaçons également en dehors des autres hypothèses dans lesquelles il serait, malgré lui, justiciable des tribunaux français. Cette règle ne peut faire doute dans le système de la jurisprudence, et l'étranger doit être admis à opposer l'incompétence de tribunaux qui n'ont pas été institués pour lui rendre justice.

Ne pourrait-on pas, au contraire, nous accuser de manquer de logique, nous qui admettons un principe différent ? Ne pourrait-on pas nous dire que, le plus souvent, l'étranger défendeur aura une résidence en France, et que, d'après l'article 59, § 1^{er}, C. pr., que nous appliquons aux étrangers comme aux Français, à défaut de domicile, la compétence appartient au tribunal de la résidence ?

Nous répondons d'abord que l'étranger peut n'être que de passage en France et avoir conservé dans son pays d'origine sa véritable résidence, en même temps que son domicile. Mais, alors même que son séjour en France serait de nature à lui constituer une résidence proprement dite, nous lui reconnâtrions encore le droit de décliner la compétence du juge français. Ce n'est pas à dire que la solution contraire serait mauvaise en législation, et si nous avions à rédiger une loi sur la compétence à l'égard des étrangers, nous y introduirions volontiers, du moins comme principe général, sinon absolu, une disposition semblable à celle du nouveau Code de procédure belge, qui, à défaut de domicile, donne juridiction au tribunal de la résidence que l'étranger peut avoir en Belgique. Mais, en l'absence d'un texte formel, il nous paraît impossible de refuser à l'étranger le droit de décliner la compétence du juge français de sa résidence.

L'article 59 prévoit, en effet, le cas où le défendeur n'aurait aucun domicile connu, et l'on comprend que la résidence soit alors, au point de vue de la compétence, assimilée à un véritable domicile. La compétence du *forum contractus* n'est pas admise chez nous, du moins en matière civile, de telle sorte que, si le tribunal de la résidence ne pouvait être valablement saisi de l'affaire, le défendeur, dans bien des circonstances, aurait pu se jouer des lois et de la justice. Voilà pourquoi nous avons décidé que l'étranger serait justiciable de nos tribunaux, s'il ne prouvait pas avoir gardé un domicile dans son pays d'origine ou dans tout autre pays étranger. Mais telle n'est pas la situation du défendeur dans notre hypothèse, puisque nous supposons qu'il a, dans un autre pays, un domicile connu, devant le tribunal duquel le demandeur peut porter son action. L'étranger ne saurait être soumis à la juridiction des tribunaux français qu'autant que leur compétence à son égard résulte des règles de procédure applicables aux Français eux-mêmes. Or, puisque nous plaçons l'étranger sur la même ligne que le national, puisque nous effaçons, pour ainsi dire, la frontière au point de vue de l'administration de la justice, la règle de l'article 59, § 1^{er}, C. pr., en tant qu'elle s'applique à un étranger, seule hypothèse dont nous ayons à nous occuper, doit être entendue en ce sens qu'il sera justiciable du tribunal français de sa résidence, lorsqu'il n'aura aucun domicile connu, soit en France, soit même à l'étranger.

Il faut donc reconnaître à l'étranger le droit d'élever devant les tribunaux français l'exception d'incompétence, toutes les fois qu'il n'a en France qu'une simple résidence et qu'il a, au contraire, dans un autre pays, un véritable domicile, devant le tribunal duquel le débat peut être porté. Dans ce cas, le tribunal fera droit au déclinatoire proposé et renverra les parties à se pourvoir devant qui de droit (971).

(971) Fœlix, t. 1^{er}, n° 152, p. 320. — Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 158. — Req. rej., 2 avril 1833; S., 33, 1, 435. — Paris, 9 mai 1833;

371. — Cette exception est personnelle aux parties. Les héritiers ne pourront donc s'en prévaloir, à moins qu'ils ne soient eux-mêmes étrangers non domiciliés (972). De même encore, il a été jugé que cette exception ne pouvait être proposée par les créanciers (973).

372. — Mais jusqu'à quel moment l'exception d'incompétence peut-elle être opposée devant les tribunaux français ? Peut-on la faire valoir en tout état de cause, et même en appel pour la première fois, ou doit-on l'opposer *in limine litis* ? L'incompétence de nos juges est-elle d'ordre public, *ratione materiæ*, ou, au contraire, n'est-ce qu'une incompétence *ratione personæ* qui ne touche qu'à l'intérêt privé du défendeur ?

Cette incompétence ne repose pas sur la nature même du litige ; car la contestation rentre dans les attributions générales du tribunal qui a été saisi de la connaissance de l'affaire. Elle ne repose même pas, selon nous, sur la nationalité des parties ; car nous avons admis que nos tribunaux sont compétents, en général, pour statuer sur les contestations entre étrangers. Elle résulte donc de ce seul fait, que le débat a été porté devant un autre juge que celui qui, d'après le domicile du défendeur, était

Gaz. des trib., 10 mai. — 9 nov. 1839 ; *Gaz. des trib.*, 10 nov. — Trib. Seine, 22 janv. 1840 ; *Gaz. des trib.*, 23 janv. — 20 nov. 1841 ; *Gaz. des trib.*, 21 nov. — Bourges, 8 déc. 1843 ; S., 44, 2, 491. — Angers, 20 fév. 1861 ; S., 61, 2, 409. — Paris, 8 avril 1865 ; S., 65, 2, 211. — Metz, 26 juil. 1865 ; S., 66, 2, 237. — Paris, 24 août 1875 ; S., 76, 2, 212. — 13 mars 1879 ; S., 79, 2, 289. — Trib. civ. Seine, 4 mai 1878 ; *J. dr. int.*, 1878, p. 493. — 13 avril 1880 ; *op. cit.*, 1880, p. 303. Nous n'avons pu vérifier nous-mêmes les arrêts et jugements rapportés dans la *Gazette*, que nous trouvons indiqués dans différents auteurs. — *Contrà* : Legat, p. 305. — Rodière, *Revue de législation*, t. 1^{er}, p. 70. — Pau, 3 déc. 1836 ; S., 37, 2, 363. — Bruxelles, 27 juil. 1824 ; Dal., *Répert.*, V^o *Dr. civ.*, n^o 350, 1^o, n. 4. — 15 mai 1830 ; Dal., *loc. cit.*, n^o 350, 2^o. — 19 nov. 1831 ; Dal., *loc. cit.*, n^o 350, 3^o. — 13 juin 1840 ; Dal., *Répert.*, V^o *Effets de commerce*, n^o 892.

(972) Bonfils, n^o 228, p. 193. — V. *suprà*, n^o 29.

(973) Bordeaux, 18 déc. 1846 ; Dal., 47, 2, 43. — Bonfils, *loc. cit.*

appelé à connaître de l'affaire, c'est-à-dire que le tribunal n'est incompetent que *ratione personæ*. Il en résulte que l'étranger peut renoncer à s'en prévaloir, et que, s'il veut l'invoquer, il doit proposer l'exception avant toute autre exception et défense (art. 168 et 169, C. pr.) (974).

373. — Selon M. Massé (975), il est certain que cette exception n'est pas l'exception d'incompétence personnelle dont s'occupent les articles 168 et 169, C. pr., et qui doit être nécessairement proposée dès le début de l'instance. Cela est si vrai qu'il est reconnu que, dans le cas où deux étrangers se présentent devant les tribunaux français, ceux-ci peuvent d'office refuser de juger la contestation. Ce qui rend le juge incompetent, c'est la qualité des parties, et non le défaut de domicile dans le ressort du tribunal saisi de la demande. D'autre part, ce n'est pas une incompetence *ratione materiæ*, puisque la contestation rentre dans les attributions générales du juge. M. Massé en conclut qu'il s'agit ici d'une incompetence d'une espèce particulière.

Nous admettons avec le savant auteur que le tribunal n'est pas incompetent à raison de la nature de la contestation ; mais nous ne saurions admettre que c'est la qualité des parties qui est la cause de cette incompetence. Pour nous, en effet, l'étranger est, en principe, justiciable des tribunaux français, et si, dans le cas actuel, il est admis à décliner leur juridiction, c'est uniquement parce qu'il n'a pas son domicile dans le ressort du tribunal saisi de l'affaire. Quelle que soit d'ailleurs la cause de cette incompetence, il ne nous paraît pas exact de prétendre qu'elle

(974) Bonfils, n° 219, p. 188, et n° 227, p. 193. — Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 225 et suiv. — Demolombe, t. 1^{er}, n° 261, 4^e, p. 423. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, p. 148. — Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. 1^{er}, § 62, p. 86. — Foelix, t. 1^{er}, n° 155, p. 325. — Demangeat, sur Foelix, t. 1^{er}, n° 153, p. 322, n. a. — Clunet, *J. dr. int.*, 1875, p. 356. — Bertauld, *Questions pratiques*, t. 1^{er}, n° 185, p. 147. — Dal., *Répert.*, V^o Dr. civ., n° 310, p. 109. — V. toutefois, *suprà*, n° 70.

(975) T. 1^{er}, n° 671, p. 629.

n'est pas personnelle, par cela seul que l'on reconnaît au tribunal le droit de se déclarer d'office incompétent, malgré le consentement des parties. Il ne faut donc pas voir là une incompétence d'une espèce particulière, comme le veut M. Massé, mais bien une incompétence *ratione personæ*, reposant sur le défaut de domicile du défendeur dans le ressort du tribunal français.

374. — Quelle solution la jurisprudence a-t-elle donnée à cette importante question ?

Nous laissons de côté les actions relatives à l'état des personnes, sur lesquelles nous aurons à revenir d'une manière toute spéciale. Nous verrons que c'est surtout en cette matière que les tribunaux ont voulu voir une incompétence absolue, pouvant être proposée pour la première fois en appel (V. *infra*, n^{os} 423 et s.). Un arrêt de la Cour de Metz (976) a également consacré cette solution, dans une affaire où il ne s'agissait pas de question d'état ; mais cette opinion n'a pas prévalu, et la jurisprudence reconnaît qu'il y a là une incompétence *ratione personæ*, à laquelle les parties peuvent renoncer, et qu'on ne peut faire valoir pour la première fois en appel (977). A plus forte raison, l'exception ne pourrait-elle être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation (978).

(976) 10 nov. 1818, cité par Bonfils, n^o 220.

(977) Req. rej., 5 frim. an XIV; C. n., 2, 1, 183. — Douai, 7 mai 1828; C. n., 9, 2, 76. — Req. rej., 29 mai 1833; S., 33, 1, 522. — Douai, 1^{er} déc. 1834; Dal., 35, 2, 60. — Paris, 25 janv. et 23 nov. 1840; *Gaz. des trib.*, 26 janv. et 29 nov. — Trib. Seine, 3 juil. 1840; *Gaz. des trib.*, 4 juil. — Douai, 3 avril 1845; Dal., 45, 4, 251. — Paris, 5 mai 1846; *Gaz. des trib.*, 6 mai. — Bordeaux, 18 déc. 1846; Dal., 47, 2, 43. — Douai, 17 juin 1853, sur cassat.; S., 56, 1, 150. — Alger, 6 juin 1870; S., 71, 2, 45. — Lyon, 21 juin 1871; S., 72, 2, 201. — Trib. civ. Pondichéry, 22 déc. 1873; *J. dr. int.*, 1879, p. 553. — Bruxelles, 24 mars 1877; *op. cit.*, 1878, p. 511. — Les arrêts et jugements rapportés dans la *Gazette des tribunaux* sont cités par Foelix, t. 1^{er}, p. 326, n. 1.

(978) Req. rej., 27 nov. 1822; C. n., 7, 1, 161. — 15 avril 1861; S., 61, 1, 721.

La jurisprudence, sur ce point encore, nous paraît prêter aux critiques les plus sérieuses. Nous admettons sans doute avec elle que l'incompétence n'est que personnelle, et que l'exception doit être proposée *in limine litis*; pour nous, c'est là une conséquence logique de ce que le tribunal français ne se trouve incompétent qu'à raison du défaut de domicile du défendeur dans son ressort. Mais, dans le système de la jurisprudence, cette solution nous paraît tout à la fois inexacte, si l'on considère le fondement qu'elle attribue à cette incompétence, et tout à fait illogique, si l'on se reporte au principe qui sert de base à sa théorie.

Nous croyons d'abord qu'il n'est pas exact de dire qu'il y a là une incompétence purement personnelle. Et, en effet, ce n'est pas, dans ce système, à raison du domicile du défendeur en pays étranger, que nos tribunaux sont incompétents, mais en vertu d'une cause plus générale, d'un principe supérieur, à raison de la qualité même des parties. Et voilà bien pourquoi la Cour de cassation (979) a décidé que l'article 181, C. pr., qui déroge à l'article 59, § 1^{er}, C. pr., et veut que le garant aille plaider devant un tribunal qui est pour lui incompétent *ratione personæ*, ne permet pas, au contraire, au juge de connaître à titre de garantie d'une affaire pour laquelle il est incompétent, par suite de sa nature ou de la qualité des parties. La Cour place ainsi sur la même ligne ces deux causes d'incompétence, et ne veut pas qu'un étranger garant puisse être traduit devant un tribunal français saisi de la demande originaire, bien qu'elle reconnaisse cependant que l'article 181, C. pr. permet à un juge de statuer sur une contestation, alors qu'il n'est incompétent que *ratione personæ*. En supposant donc que ce ne soit pas là une véritable incompétence *ratione materiæ*, il faudrait au moins admettre que c'est une incompétence d'une espèce particulière (980).

(979) Civ. cassat., 15 janv. 1878; S., 78, 1, 300.

(980) V. Massé, t. I^{er}, n° 671, p. 629.

Mais nous allons plus loin encore, et, à notre avis, le système de la jurisprudence conduit logiquement à décider qu'il y a ici une incompétence d'ordre public pouvant être proposée en tout état de cause. Un certain nombre d'arrêts, comme nous le verrons (V. *infra*, n° 426), ont, en effet, consacré cette solution en matière de questions d'état; mais il n'y a pas lieu, comme nous le dirons également, de faire sur ce point une distinction entre les actions personnelles et mobilières, en général, et ces questions en particulier. Cette doctrine a été aussi admise dans une affaire où il ne s'agissait pas de question d'état, par un arrêt de la Cour de Metz du 10 novembre 1818 (V. la note 976). Eh bien ! nous devons dire que la décision de cette Cour, bien qu'elle n'ait pas été approuvée par les autres Cours de France, nous paraît de tous points conforme au principe de la jurisprudence. De la Cour de cassation, déclarant que l'incompétence n'est que personnelle, nous en appelons à cette même Cour, proclamant le principe que la justice n'est pas due aux étrangers. Si l'incompétence ne tient pas ici à la nature même de la contestation, elle tient, si l'on peut s'exprimer ainsi, à la nature même de la nationalité des parties. Il ne s'agit plus d'une affaire sur laquelle les tribunaux d'un pays sont appelés à statuer en général, à raison de sa nature, comme aussi à raison de la qualité des parties en cause, et pour laquelle ils ne sont incompétents que par suite du domicile du défendeur dans le ressort d'une autre juridiction. Il s'agit, au contraire, d'une incompétence générale des tribunaux français pour toute contestation dans laquelle les deux parties sont de nationalité étrangère, incompétence qui doit logiquement subsister, à défaut d'un traité ou d'une loi spéciale, quel que soit le tribunal français devant lequel on intente l'action, et alors même que le défendeur aurait en France une longue résidence ou même un véritable domicile. Ce n'est pas là assurément une incompétence *ratione personæ*, et, si elle n'est pas personnelle, ne doit-on pas, dès lors, lui attribuer tous les effets de l'incompétence *ratione materiæ* ?

Pour résoudre cette question, demandons à la jurisprudence elle-même sur quels motifs repose son principe d'incompétence. S'il est reconnu que c'est bien moins dans l'intérêt privé du défendeur étranger, que pour des raisons touchant à l'intérêt général et à l'ordre public, il sera logique de conclure qu'il y a là une incompétence d'ordre public que le défendeur peut proposer en tout état de cause, et que le juge lui-même est tenu de prononcer d'office. Nous nous contenterons de rappeler ces motifs que nous avons eu l'occasion d'examiner en détail dans une autre partie de ce travail (V. *suprà*, n^{os} 293 et suiv.). Le temps employé à connaître des contestations entre étrangers serait perdu pour les justiciables français. Le juge français ne peut étudier toutes les lois étrangères. L'obscurité de ces lois et la difficulté de les bien connaître exposeraient souvent le tribunal à mal juger. Les tribunaux français n'ont été institués que pour rendre la justice aux nationaux. On ne saurait trouver, dit la Cour d'Alger (981), une incompétence qui touche plus essentiellement à la matière. Nous sommes bien de l'avis de cette Cour, et ce qu'elle proclamait ainsi en matière de questions d'état, on peut le dire également de toutes les contestations entre étrangers. Le but dans lequel les tribunaux français ont été institués, la dignité de la justice nationale qui peut être compromise, l'administration de la justice au profit des nationaux qui ne peut plus suivre son cours régulier, voilà autant de motifs de la plus haute gravité, qui suffisent bien, ce nous semble, pour qu'il soit permis de décider que l'incompétence de nos tribunaux est d'ordre public, et qu'elle peut être proposée en tout état de cause par le défendeur.

En vain prétendrait-on qu'on ne peut revenir sur un consentement régulièrement donné, et qu'après une décision du premier degré, on ne saurait mettre en question la compétence du juge qu'on a volontairement choisi ou accepté (982). C'est là résoudre

(981) 4 mars 1874 ; S., 74, 2, 103.

(982) Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 228.

la question par la question ; car il s'agit précisément de savoir si l'incompétence est ou non d'ordre public, et si l'étranger a pu y renoncer. On ne peut parler de revenir sur un consentement régulièrement donné, dès qu'il résulte de la nature de l'incompétence et des motifs sur lesquels elle est fondée, que l'étranger n'a pu donner un consentement valable et régulier dans le but d'y renoncer.

Ici encore, partant d'un principe opposé, nous arrivons à la même conclusion que la jurisprudence, à savoir que l'incompétence des tribunaux français est personnelle et qu'elle doit être proposée par le défendeur *in limine litis*. Si l'on peut reprocher à quelqu'un de n'être pas logique dans ses conclusions, nous ne pensons pas, pour notre part, avoir mérité cette accusation. A nos juges de voir s'ils ne doivent pas abandonner leur principe, pour ne pas s'entendre justement adresser le même reproche.

375. — Nous venons de voir que l'étranger peut opposer l'exception d'incompétence et jusqu'à quel moment il est admis à le faire. Mais que va-t-il arriver s'il l'oppose à temps et que néanmoins le tribunal se déclare compétent ?

L'article 19 du titre II de l'ordonnance du mois d'août 1737, concernant les évocations et règlements de juges, est ainsi conçu : « La partie qui aura été déboutée du déclinatoire par elle proposé dans la Cour ou dans la juridiction qu'elle prétendra être incompétente, et de sa demande en renvoi dans une autre Cour ou dans une juridiction d'un autre ressort, pourra se pourvoir à notre grande Chancellerie ou à notre Conseil, en rapportant le jugement rendu contre elle et les pièces justificatives de son déclinatoire, moyennant quoi il lui sera accordé des lettres ou un arrêt, ainsi qu'il a été dit ci-dessus » (983). La jurisprudence, à tort ou à raison, considère cette ordonnance comme n'ayant pas été abrogée par les articles 363 et suivants du Code de procédure, et estime en conséquence que la demande en

(983) *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. XXII, p. 33.

règlement de juges peut avoir lieu, non-seulement lorsque deux tribunaux ont été saisis de la même affaire et qu'il y a conflit, mais encore lorsque le déclinatoire proposé par le défendeur devant la juridiction saisie a été repoussé par elle (984).

L'étranger défendeur peut-il introduire une demande en règlement de juges, et, spécialement, peut-il s'adresser à la Cour de cassation, si le tribunal français devant lequel il était traduit, s'est déclaré compétent malgré le déclinatoire et la demande en renvoi devant un autre juge ? Il le pourra incontestablement, s'il demande à être renvoyé devant une autre juridiction française de l'ordre judiciaire ; mais cette voie lui sera, au contraire, interdite, s'il demande à être renvoyé devant un juge étranger de sa nation. Dans ce dernier cas, il n'aurait plus que la voie de l'appel, et la Cour suprême ne pourrait être saisie que par le recours en cassation, après que les degrés de juridiction ordinaires auraient été épuisés. On comprend, en effet, que la Cour suprême soit appelée à casser ou à maintenir un jugement qui a admis la compétence malgré le déclinatoire proposé par l'étranger ; mais elle ne peut statuer, comme juge régulateur, entre un tribunal français et un tribunal étranger sur lequel elle ne saurait exercer aucune juridiction (985).

(984) Req. rej., 30 juin 1807 ; C. n., 2, 1, 405. — Req. règl., 15 juil. 1812, rapporté par Merlin, *Répert.*, V^o *Règl. de juges*, § 1^{er}. — 8 juil. 1814 ; C. n., 4, 1, 592. — 20 juil. 1815 ; C. n., 5, 1, 77. — 20 janv. 1818 ; C. n., 5, 1, 404. — 4 mars 1818 ; C. n., 5, 1, 444. — 14 mars 1826 ; C. n., 8, 1, 297. — 30 mai 1827 ; C. n., 8, 1, 609. — 17 juil. 1828 ; C. n., 9, 1, 134. — 26 fév. 1839 ; S., 39, 1, 171. — 20 déc. 1841 ; S., 42, 1, 668. — 9 mars 1858 ; Dal., 58, 1, 303. — 15 mars 1858 ; Dal., 58, 1, 201. — 5 janv. 1859 ; Dal., 59, 1, 403. — 12 déc. 1864 ; S., 65, 1, 128. — 13 janv. 1869 ; Dal., 72, 1, 60. — Req. rej., 15 déc. 1874 ; Dal., 75, 1, 384. — V. dans le même sens, Féraud-Giraud, *op. cit.*, 1880, p. 237 *in fine*, et 238. — Boncenne, t. V, p. 324 et suiv. — Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, t. III, Question 1323, p. 296. — Dal., *Répert.*, V^o *Règl. de juges*, n^o 54. — Merlin, *op. et loc. cit.*, et *Questions de droit*, eod. V^o. — *Contrà* : Boitard, t. I^{er}, n^o 551, p. 534.

(985) Demangeat, sur Fœlix, t. I^{er}, p. 344, n. a. — Féraud-Giraud, *op. cit.*, 1880, p. 238. — Bonfils, n^o 224, p. 191. — Carré et Chauveau, *op. et loc. cit.* — Cpr. Fœlix, *loc. cit.*

C'est ce qui a été décidé par la Chambre des requêtes, dans deux arrêts des 25 janvier 1825 et 30 mai 1827 (986).

376.— Nous venons de voir que l'étranger peut faire valoir l'exception d'incompétence devant les tribunaux français, jusqu'à quel moment il le peut, et enfin ce qui arrivera dans l'hypothèse où le tribunal se déclarerait compétent malgré le déclinatoire d'incompétence. Mais l'étranger peut aussi accepter la juridiction de nos tribunaux et ne pas se prévaloir de cette exception. Cette solution résulte de ce que l'incompétence n'est pas ici *ratione materiæ* et d'ordre public.

La jurisprudence reconnaît également cette faculté au défendeur. Cependant, une conséquence tout à fait contraire devrait découler de son principe ; car on ne saurait admettre qu'il soit permis à un étranger de proroger la juridiction d'un juge dont il n'est pas justiciable à raison même de sa nationalité, et de déroger ainsi, dans son intérêt privé, à une règle qui repose, en réalité, sur des motifs d'ordre public. En vain prétendrait-on que l'étranger peut se soumettre à la juridiction française par une élection de domicile faite pour l'exécution du contrat en France (art. 111, C. civ., et 59, § 9, C. pr.), que le même effet doit résulter de l'élection tacite, et qu'il y a élection tacite dans le fait de ne pas proposer le déclinatoire. En effet, dans le système de la jurisprudence, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, l'article 59, § 9, C. pr. ne saurait être appliqué à l'étranger, puisqu'il ne fait que déterminer la compétence spéciale du tribunal français. Si donc le juge est compétent en pareille hypothèse, ce ne peut être, dans ce système, qu'en vertu du seul consentement des parties et indépendamment de toute disposition législative ; or, nous le répétons, ce consentement,

(986) C. n., 8, 1, 25 et 609. — V. aussi, req. rej., 27 janv. 1847 ; S., 47, 1, 818. — Ce dernier arrêt décide qu'il n'y a pas lieu à règlement de juges entre nos tribunaux et ceux d'un Etat étranger, alors même que les jugements émanés des tribunaux de l'un des deux pays seraient exécutoires dans l'autre en vertu d'un traité diplomatique.

sous quelque forme qu'il se manifeste, ne saurait déroger à une règle qui touche à l'ordre public (art. 6, C. civ.).

377. — La soumission à la juridiction française peut être expresse ou tacite, résulter de la lettre de l'engagement ou des circonstances dans lesquelles il a été contracté. Nous avons vu qu'elle résulterait, notamment, de l'élection de domicile faite dans un contrat pour son exécution en France. Une grande latitude doit d'ailleurs être laissée aux tribunaux sur le point de savoir si les parties ont entendu ou non accepter la juridiction des juges français. Cette question devra se résoudre d'après les différentes clauses du contrat et les circonstances de fait qui sont essentiellement variables. Voilà pourquoi il ne faut pas s'étonner que la Cour de Paris (987) et la Cour de cassation (988), à l'occasion de demandes en séparation de biens, aient, d'après les circonstances particulières de chaque espèce, interprété d'une manière différente au point de vue de la compétence, une clause par laquelle les époux s'étaient soumis au régime de la communauté.

En supposant d'ailleurs que, d'après les termes du contrat et les circonstances dans lesquelles il est intervenu, les parties ne puissent être considérées comme ayant renoncé à opposer l'exception d'incompétence, elles conserveraient toujours, au moment où s'élèvent des difficultés, le droit qu'elles avaient au jour de la conclusion du contrat, de soumettre d'un commun accord leur différend à la décision du tribunal français. Cette soumission résulterait, nous l'avons vu, du fait, de la part du demandeur, d'intenter son action devant la juridiction française, et, de la part du défendeur, de ne pas proposer l'exception *in limine litis*.

Nous avons terminé l'examen de notre première proposition que nous avons ainsi formulée : Le défendeur étranger peut accepter la juridiction des tribunaux français; mais il peut aussi

(987) 13 mars 1879; S., 79, 2, 289.

(988) 7 mars 1870; S., 72, 1, 361.

se prévaloir de leur incompétence, pourvu qu'il le fasse à un moment où l'exception peut encore être proposée. Nous arrivons maintenant à l'étude de notre seconde règle.

378. — DEUXIÈME RÈGLE. — Lorsque l'exception a été régulièrement proposée, le tribunal doit y faire droit et se déclarer incompétent ; mais quels sont les pouvoirs des juges français, en dehors des hypothèses dans lesquelles nous avons reconnu leur compétence obligatoire, lorsque le défendeur étranger renonce à se prévaloir de l'incompétence, et, spécialement, quand il néglige de faire valoir l'exception au début de l'instance ? Le tribunal peut-il le juger ; et s'il le peut, le doit-il ?

Il aura incontestablement le pouvoir de statuer, car le droit de rendre la justice dans les limites de son ressort est l'objet et le but de son institution. Le jugement du litige est de sa compétence par sa nature, et les parties elles-mêmes sont, en principe, justiciables des tribunaux français. Il se trouve donc valablement saisi de la connaissance de la contestation, dès que le seul obstacle qui pouvait paralyser sa juridiction a disparu, et que l'étranger a refusé d'opposer une exception qui est personnelle et dont il peut ne pas se prévaloir.

379. — La jurisprudence reconnaît également aux tribunaux français le pouvoir de retenir la connaissance d'une affaire portée devant eux, alors que leur juridiction a été acceptée par les deux parties en cause. A ce point de vue encore, elle refuse de tirer une conséquence qui devrait logiquement découler du principe fondamental de sa théorie. Il a été reconnu, il est vrai, lors de la discussion au Conseil d'Etat, que le tribunal aurait le droit de juger si sa juridiction n'était pas déclinée ; mais on ne saurait trouver le fondement d'une règle semblable dans une observation tout à fait incidente et personnelle, surtout en présence de la déclaration de M. Tronchet, que la disposition de l'article en discussion est toute positive et ne préjuge en rien la question de compétence entre étrangers. Du reste, encore faut-il être logique dans ses décisions, et ne pas admettre une conséquence

qui est en contradiction formelle avec le principe. Si l'étranger peut renoncer à se prévaloir de l'incompétence du tribunal, si, en vertu de ce consentement, il est permis au juge de retenir la connaissance de la cause, c'est assurément parce qu'il n'y a là qu'une incompétence *ratione personæ*, et non une de ces lois d'ordre public auxquelles les particuliers ne peuvent déroger par leurs conventions. Or, ne résulte-t-il pas des nombreux arrêts de la jurisprudence que les tribunaux français sont, en principe, incompétents pour rendre la justice aux étrangers, et que cette incompétence trouve sa justification dans la loi même de leur institution, aussi bien que dans la nécessité de pourvoir à l'administration de la justice au profit des Français, et de sauvegarder la dignité des juges nationaux ? Comment, dès lors, admettre que le seul consentement des parties en cause puisse permettre à un tribunal de statuer sur une contestation entre étrangers, alors qu'il n'a été institué que pour rendre la justice aux Français ! La juridiction des tribunaux ne repose pas, dans son principe, sur le consentement des plaideurs, et nous ne voyons pas où est la loi qui autorise les tribunaux français à retenir, en vertu de ce consentement, la connaissance d'une affaire, alors qu'ils n'ont pas juridiction sur les parties, à raison même de leur nationalité et conformément à la loi qui a présidé à leur institution.

330. — Revenons à notre conclusion, qui est aussi celle de la jurisprudence, à savoir que nos juges ont le pouvoir de statuer sur la contestation qui leur est soumise, lorsque les deux parties ont consenti à se soumettre à leur juridiction. Mais de ce qu'ils ne sont pas obligés de se déclarer incompétents, faut-il en conclure qu'ils sont tenus de juger, alors que l'on ne se trouve pas dans un cas de compétence obligatoire, comme nous le supposons toujours ? Le consentement des parties, suffisant pour leur donner le pouvoir de statuer, est-il assez puissant pour les empêcher de se déclarer incompétents ?

Cette question est résolue affirmativement par M. Rocco, qui,

après avoir constaté qu'une autre doctrine mettrait obstacle à la libre communication des peuples, ajoute : « Il y a plus, l'arbitrage, cet ordre judiciaire primitif, les arbitres, ces juges institués par le libre choix des parties, appartiennent au droit des gens. Si la juridiction proprement dite est circonscrite dans les limites d'un territoire déterminé, l'arbitrage n'en connaît point. Si des conditions de capacité sont imposées à ceux qui remplissent les fonctions de juges, la confiance des parties suffit aux arbitres. Qui pourrait empêcher des juges de devenir arbitres et des parties de remettre la décision de leur différend à l'arbitrage d'un tribunal ? Dans ce cas, les membres de ce tribunal, quoique arbitres, n'en seront pas moins juges : en tant que juges ils sont tenus d'accepter la mission qui leur est conférée par la mutuelle confiance de ces justiciables volontaires ; en tant qu'arbitres, ils rendent des sentences auxquelles doit s'attacher en tous lieux l'autorité de la chose jugée. Aucun obstacle sérieux ne s'oppose donc à ce que les étrangers trouvent partout, dans les tribunaux établis, des juges naturels et forcés ; l'intérêt de toutes les nations en fait une loi » (989).

Sans doute, si nous avions à rédiger une loi sur la compétence, nous adopterions volontiers les conclusions de M. Rocco, à savoir que le juge ne peut d'office se déclarer incompétent, lorsque les deux parties lui soumettent leur différend d'un commun accord ; mais il faut se garder de prendre un désir pour la réalité, et, en droit positif, au point de vue de la législation française auquel nous nous sommes placé, nous ne croyons pas possible d'admettre cette solution, quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers. Si l'on admet, en effet, le principe de la jurisprudence, que les tribunaux français n'ont pas été institués pour rendre la justice aux étrangers, on est conduit à cette consé-

(989) *Compte-rendu des séances de l'Académie des sciences morales et politiques*, t. I^{er}, p. 473.

quence qu'ils ne sont pas tenus de juger en dehors des cas où un traité ou une loi leur a imposé cette obligation. Mais, en admettant même un autre principe qui est le nôtre, c'est-à-dire la compétence générale des tribunaux français à l'égard des étrangers, on doit encore, à notre avis, comme nous allons le dire, reconnaître à nos juges le droit de se déclarer incompétents.

381. — M. Demangeat critique également la jurisprudence, qui accorde aux tribunaux français un pouvoir discrétionnaire à l'effet d'apprécier s'il est plus convenable, d'après les circonstances et la nature du litige, d'en retenir la connaissance ou, au contraire, de se déclarer incompétents (990), et son opinion est défendue également par M. Bertauld (991).

Nous reconnaissons, avec M. Demangeat, que nos tribunaux sont, en principe, institués pour rendre la justice, pour faire régner le droit en France d'une manière absolue et sans acception de personnes. Mais, si nous plaçons le Français et l'étranger sur la même ligne, au point de vue de l'administration de la justice, nous ne faisons pas d'exception en faveur de ce dernier, et nous entendons maintenir au juge français à l'égard de l'étranger, les mêmes pouvoirs que ceux qui lui appartiennent à l'égard des nationaux eux-mêmes. Si la justice est une dette, le juge n'est cependant tenu rigoureusement de la rendre qu'à ceux sur lesquels la loi lui assigne spécialement juridiction. La prorogation volontaire de juridiction confère au juge la faculté, sans lui imposer l'obligation de sortir du cercle de ses attributions relativement aux parties en cause. Et voilà pourquoi il est admis par les autorités les plus recommandables qu'un défendeur assigné devant un tribunal compétent *ratione materiæ*, mais autre que celui de son domicile, peut être renvoyé devant le juge qui devait être régulièrement saisi de la contestation (992).

(990) *Condition des étrangers*, n° 85, p. 394 ; et, sur Fœlix, t. I^{er}, p. 322, n. a.

(991) *Questions pratiques*, t. I^{er}, n° 186.

(992) Carré, *Organisation judiciaire*, t. IV, p. 89, art. 262. — Chauveau,

Voici comment s'exprimait déjà le substitut, M. Daniels, devant la Cour suprême, en 1807 : « La loi a tracé à tous les magistrats les limites de leur juridiction, et comme il leur est défendu de les franchir sans le consentement des parties, comme il est de leur devoir de faire droit sur le déclinatoire que le défendeur propose avant de contester en cause, ils ont également la liberté de se renfermer dans les limites de leurs attributions, quand même les parties demanderaient le contraire. » Puis il ajoutait : « Ce principe résulte encore de la nature des choses. Et, en effet, par quel motif permettrait-on aux parties d'imposer au juge une charge qui pourrait lui devenir bien pénible ? Peut-on prétendre raisonnablement que le juge soit tenu de se prêter à tout le monde, d'épuiser ses forces pour rendre justice à tous ceux qui, appelés devant lui, ne voudront pas proposer le déclinatoire ? Il n'aurait donc plus aucune excuse, pas même dans la multitude des causes dont le jugement lui appartient par la nature de ses fonctions, pas même dans l'impossibilité physique de suffire à tout » (993) !

Cette solution, si elle est juridique lorsque le défendeur est français, doit l'être également dans le cas où les deux parties en cause sont des étrangers. On objectera peut-être que la situation n'est pas la même dans les deux hypothèses, et que, lorsqu'il s'agira d'étrangers, tout autre tribunal français pourra également refuser de connaître de l'affaire, de telle sorte que l'on arrivera, en réalité, à refuser le bénéfice de la justice française à des étrangers qui la réclament et l'acceptent.

Quelque rigoureuse que soit cette conséquence, il ne nous

sur Carré, *Lois de la procédure*, t. II, Question 721. — Boncenne, t. III, p. 251 et suiv. — Boitard, t. I^{er}, p. 332. — Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code de procédure*, n° 344, p. 173. — Merlin, *Répert.*, V° *Prorogation de juridiction*, n° 3. — Req. rej., 11 mars 1807; C. n., 2, 1, 357. — Rennes, 22 mars 1838; S., 38, 2, 510. — V. cependant, Massé, t. I^{er}, p. 629 *in fine*. — Rennes, 17 mai 1815; C. n., 5, 2, 45.

(993) Merlin, *op. et loc. cit.* — V. aussi, art. 7, C. pr., arg. *a contrario*.

paraît pas possible de l'éviter et d'attribuer, en l'absence d'un texte formel, plus d'efficacité au consentement de l'étranger qu'à celui du défendeur français. En posant le principe que nos tribunaux sont compétents pour statuer sur les contestations entre étrangers, nous n'avons pas, en effet, entendu décider qu'un tribunal français serait, nécessairement et dans tous les cas, appelé à donner une solution aux litiges qui peuvent s'élever entre deux étrangers. Ce que nous avons voulu dire seulement, c'est que le juge français n'a pas le droit de se déclarer incompétent, par cela seul que les plaideurs sont étrangers ; mais on ne saurait lui refuser vis-à-vis de ces derniers, l'exercice d'une faculté dont il jouit à l'égard des Français eux-mêmes (994).

Qu'on y prenne bien garde d'ailleurs, si, en dehors des cas de compétence obligatoire, nous approuvons la solution donnée sur ce point par les Cours de France, les motifs qui nous la font adopter sont loin d'être les mêmes que ceux de la jurisprudence et des auteurs qui admettent sa théorie. Nous ne disons pas que le juge français se doit exclusivement aux nationaux, et que, lors-

(994) Demolombe, t. I^{er}, n^o 261, 4^o — Fœlix, t. I^{er}, n^o 155, p. 325 et 326. — Bonfils, n^{os} 229 et s., p. 193 et suiv. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, p. 149. — Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 230. — Marcadé, t. I^{er}, sur l'art. 15, n^o 142. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I^{er}, § 62, p. 86. — Massé, *Dr. com.*, t. I^{er}, n^o 670, p. 624. — Dal., *Répert.*, V^o *Dr. civil*, n^o 313. — Portalis, *Rev. de législation*, t. XVI, p. 144 et suiv. — Haus, *op. cit.*, n^o 107, p. 278. — Civ. rej., 8 avril 1818; C. n., 5, 1, 461. — Req. rej., 14 avril 1818; C. n., 5, 1, 465. — 2 avril 1833; S., 33, 1, 435. — Req. rej., 29 mai 1833; S., 33, 1, 522. — Paris, 23 juin. 1836; Dal., *op. et loc. cit.*, n^o 314. — 13 mars 1849; S., 49, 2, 637. — 13 fév. 1858; Dal., 58, 2, 56. — 7 mai 1875; *J. dr. int.*, 1876, p. 270, n^o 10. — Bastia, 11 avril 1843; Dal., *Répert.*, *loc. cit.*, n^{os} 304 et 314. — Bourges, 8 déc. 1843; S., 44, 2, 491. — Req. rej., 26 juil. 1852; Dal., 52, 1, 249. — Rouen, 23 avril 1855; S., 57, 2, 383. — Req. rej., 27 janv. 1857; S., 57, 1, 161. — 10 mars 1858; S., 58, 1, 529. — Lyon, 25 fév. 1857; S., 57, 2, 625. — Req. rej., 15 avril 1861; S., 61, 1, 721. — Metz, 26 juil. 1865; Dal., 65, 2, 160. — Trib. civ. Seine, 12 mai 1877; *J. dr. int.*, 1877, p. 352. — Civ. rej., 17 juil. 1877; S., 77, 1, 449. — Req. rej., 5 mars 1879; S., 79, 1, 208.

qu'il s'agit de procès s'élevant entre deux étrangers, en matière personnelle et mobilière, il n'y a pas pour lui une obligation de statuer, parce qu'elle ne résulte pas de sa loi d'institution (995). Nous ne disons pas que ce serait créer une source d'embarras et de difficultés de toutes sortes que d'imposer aux tribunaux français l'obligation de juger de pareils procès, puisqu'il y aurait lieu d'appliquer souvent des lois étrangères (996). Nous avons réfuté ailleurs ces arguments, produits dans le but d'établir l'incompétence générale de nos tribunaux à l'égard des étrangers. Pour nous, le juge français doit la justice aux étrangers comme aux nationaux; mais il ne doit pas être lié irrévocablement par le consentement du défendeur étranger, pas plus que par celui du défendeur français; voilà pourquoi nous lui reconnaissons la faculté de se dessaisir de la connaissance de l'affaire. Il ne devra donc se déclarer incompétent que dans les cas où il croirait devoir le faire à l'égard d'un Français, par suite de circonstances impérieuses et de la nécessité de sauvegarder les intérêts compromis des justiciables de son ressort, sans que la qualité d'étranger puisse, à elle seule, justifier une pareille décision. Nous reconnaissons même volontiers que le tribunal devra, selon les cas, retenir plus facilement la connaissance de l'affaire, lorsqu'il s'agira de deux étrangers et que le jugement prononçant l'incompétence aurait pour résultat de contraindre les parties à aller plaider devant une juridiction étrangère, peut-être fort éloignée.

382. — Nous apporterons toutefois à la règle que nous venons de poser une exception que nous trouvons écrite dans la loi elle-même. L'article 7, C. pr. porte, en effet : « Les parties pourront toujours se présenter volontairement devant un juge de paix, auquel cas il jugera leur différend, soit en dernier ressort, si les lois ou les parties l'y autorisent, soit à la charge de l'appel, en-

(995) Féraud-Giraud, *op. et loc. cit.*

(996) Demolombe, t. Ier, n° 261 *in fine*.

core qu'il ne fût le juge naturel des parties, ni à raison du domicile du défendeur, ni à raison de la situation de l'objet litigieux. » Ce texte confère aux parties une faculté que le refus du juge ne peut rendre nulle, puisqu'il détruirait le but de la loi.

Nous appliquerons cette disposition à tous ceux qui peuvent demander justice aux tribunaux français, aux étrangers comme aux Français, et nous déciderons que le juge de paix ne pourra refuser de statuer sur le différend que deux étrangers soumettent volontairement à sa juridiction, encore qu'il ne soit pas le juge naturel des parties (997).

383.— D'après M. Haus (998), les tribunaux belges doivent se déclarer incompétents, lorsque le défendeur n'est pas domicilié en Belgique et qu'il ne s'est pas soumis à leur juridiction. Si les parties consentent à accepter la décision d'un tribunal belge, celui-ci peut retenir la connaissance de l'affaire ou se déclarer d'office incompétent (998 *bis*).

Nous dirons quelques mots, en parlant des législations étrangères, des dispositions contenues dans la nouvelle loi belge du 25 mars 1876. (V. *infra*, n° 435.)

§ 2. — Applications.

384. — Il nous reste à examiner les principales hypothèses dans lesquelles la jurisprudence a fait application du système que nous venons de développer. Nous ferons connaître, en terminant ce travail, les réflexions que cet examen aura pu faire naître, et nous nous demanderons s'il n'y a pas lieu d'apporter

(997) Bonfils, n° 232, p. 196.

(998) *Op. cit.*, nos 107 *in fine*, et 108, p. 278. — Bruxelles, 24 mars 1877; *J. dr. int.*, 1878, p. 511.

(998 *bis*) Nous devons dire toutefois que, d'après M. Laurent (*Dr. civ. int.*, t. IV, p. 81 et 82), la résidence suffit pour rendre les tribunaux belges compétents. L'étranger et le national ont l'un et l'autre leur juge naturel au lieu qu'ils habitent, peu importe qu'ils y aient leur domicile ou seulement une simple résidence.—V. aussi, *infra*, note 1020 *bis*, et *suprà*, n° 361.

une réforme sur ce point et d'introduire dans nos Codes, comme l'ont déjà fait plusieurs de nos voisins, une loi qui détermine la compétence des tribunaux nationaux à l'égard des étrangers.

Quand on examine les arrêts assez nombreux de la jurisprudence et les circonstances multiples qui entourent chaque espèce, il paraît assez difficile d'établir une classification bien distincte et déterminée. Toutefois, en dehors des cas où la compétence est reconnue obligatoire, nos tribunaux, pour retenir ou refuser de juger l'affaire qui leur est soumise, semblent s'attacher surtout, soit à la nature de la question qui fait l'objet du débat, soit au lieu où le contrat a été passé et doit être exécuté. Nous n'avons pas assurément la prétention de citer ici toutes les décisions de la jurisprudence ; ce que nous voulons avant tout, c'est déterminer, autant que possible, les différents motifs qu'elle a de préférence invoqués pour retenir la connaissance de la cause, ou renvoyer les parties à se pourvoir devant qui de droit.

385. — (A) — ACTES FAITS A L'ÉTRANGER. — Si l'acte ou la convention qui donne lieu au procès, a été passé ou conclue à l'étranger, la jurisprudence attache une très-grande importance à ce fait sur lequel elle se fonde pour se déclarer incompétente, peu importe d'ailleurs que l'acte soit civil ou commercial, dès que l'on ne se trouve dans aucune des hypothèses prévues par l'article 420 du Code de procédure (999). Dans de telles circonstances, elle s'est déclarée incompétente, alors même que l'acte passé à l'étranger pouvait ou devait être exécuté en France (1000).

La Cour de Rouen (1001) a même consacré cette solution à propos d'une dette contractée en pays étranger, dans une hypothèse où les deux parties avaient en France leur domicile de fait,

(999) Metz, 6 juin 1823 ; Dal., *Répert.*, V^o *Dr. civil*, n^o 306, 2^o. — Bruxelles, 18 nov. 1835 ; Dal., *loc. cit.*, n^o 314, 4^o. — 16 janv. 1839 ; Dal., *cod. loc.*, n^o 314, 5^o. — Paris, 13 mars 1849 ; S., 49, 2, 637.

(1000) Rouen, 23 avril 1855 ; S., 57, 2, 383.

(1001) 23 fév. 1840 ; S., 40, 2, 256.

pour parler le langage de nos tribunaux. Des arrêts maintiennent également cette doctrine dès que l'acte a été passé et exécuté à l'étranger, ou que le fait qui est la source du procès s'est accompli hors de France, alors même que le débat s'engage sous forme d'action en garantie, au cours d'une instance qui a pour objet l'exécution d'un contrat passé en France (1002).

Nous ne saurions approuver ces derniers arrêts, et il nous suffira de rappeler ici que l'étranger défendeur, domicilié en France, est, à notre avis, justiciable des tribunaux français, et que le garant français ou étranger peut être traduit devant le tribunal saisi de la demande principale.

Il est vrai que, dans plusieurs de ces procès, le défendeur avait opposé le déclinatoire d'incompétence ; mais il ne devait pas être pris en considération, dès qu'il s'agissait d'un cas où la compétence du tribunal était obligatoire. Dans les hypothèses où la compétence n'était que facultative, le fait que le défendeur avait opposé l'exception, fournissait sans doute au juge une raison suffisante de se déclarer incompétent ; mais les tribunaux, en se fondant sur cette considération que l'acte ou le contrat a été passé à l'étranger, montrent suffisamment qu'ils auraient fait usage de la faculté de ne pas retenir la connaissance de l'affaire, alors même que les deux parties auraient accepté leur juridiction.

386.— (B) — ACTES FAITS EN FRANCE. — Le seul fait que le contrat a été passé en France ne saurait être attributif de juridiction, de telle sorte que nos tribunaux soient obligés de statuer sur la contestation portée devant eux (1003). Toutefois, les juges se fondent souvent, pour user de la faculté de retenir la cause, sur cette circonstance que le contrat a été passé en France ou qu'il doit y être exécuté, peu importe d'ailleurs qu'il s'agisse

(1002) Paris, 19 mars 1875, confirmé par civ. rej., 17 juil. 1877; S., 77, 1, 449. — Civ. cassat., 15 janv. 1878; S., 78, 1, 300.

(1003) Merlin, *Répert.*, V^o *Etranger*, § 2. — Req. rej., 22 janv. 1806; C. n., 2, 1, 206. — V. aussi, *infra*, note 1007.

d'affaires civiles ou commerciales, en dehors des cas prévus par l'article 420 du Code de procédure (1004).

Ils se déclarent également compétents, lorsque l'examen du procès peut se faire plus facilement en France, lorsqu'il s'agit de vérifier des faits qui se sont accomplis en France et d'apprécier les conséquences qui peuvent en résulter (1005).

Il est vrai que, dans la plupart des espèces sur lesquelles nos tribunaux ont été appelés à se prononcer, il se rencontrait d'autres circonstances qui, à elles seules, justifiaient pleinement leur compétence, et qu'ils ne manquent pas, en effet, de relever dans les considérants de leurs arrêts. Le défendeur était domicilié en France; il n'avait plus de domicile connu dans son pays d'origine et ne prouvait pas en avoir conservé un autre hors de France. Toutefois, ces arrêts insistent sur cette considération que le fait s'est accompli en France, que le contrat y a été passé, qu'il doit y recevoir son exécution, de telle sorte qu'il est permis de croire que, même en l'absence de toute autre circonstance, les magistrats auraient, du consentement des parties, retenu la connaissance de la cause.

Voici, notamment, comment s'exprime la Cour de Caen, dans un arrêt du 5 janvier 1846 (1006) : « Considérant que la loi, en permettant aux étrangers non autorisés à établir leur domicile en France, d'y faire, non-seulement avec les nationaux, mais encore avec des étrangers, tous les actes du droit des gens, leur garantit tacitement les moyens d'en assurer l'exécution sur les

(1004) Paris, 28 juin 1834; S., 34, 2, 385. — Caen, 5 janv. 1846; S., 47, 2, 456. — Req. rej., 8 avril 1851; S., 51, 1, 335. — Paris, 17 avril 1852; Dal., 54, 5, 325. — Trib. civ. Nice, 30 nov. 1875; *J. dr. int.*, 1877, p. 143. — Trib. civ. Seine, 13 juil. 1877; *op. cit.*, 1878, p. 161. — 27 avril 1878; *eod. op.*, 1878, p. 380. — 18 mars 1880; *eod. op.*, 1880, p. 191. — En ce qui concerne spécialement les affaires commerciales, V. *suprà*, nos 355 et suiv.

(1005) Douai, 22 juil. 1852; S., 53, 2, 223. — Trib. civ. Nice, 15 mai 1875, confirmé par Aix, 25 janv. 1876; *J. dr. int.*, 1877, p. 226.

(1006) S., 47, 2, 456.

biens que ces étrangers possèdent en France, et que la nécessité de maintenir le bon ordre et la foi due aux contrats, autant que la politique de la France et ses relations avec les autres Etats, doit faire admettre la compétence des tribunaux du pays pour connaître des contestations nées entre étrangers sur des actes faits et exécutés en France.... »

Nous approuvons cet arrêt, en tant qu'il conduit à décider que le juge français ne devra jamais refuser de connaître d'une affaire que des étrangers soumettent à sa juridiction, et qui a trait à des actes passés sur un territoire où règne la souveraineté française, mais non en tant qu'on voudrait en conclure que le seul fait de la passation du contrat dans le ressort d'un tribunal français, donne à ce tribunal une juridiction obligatoire, absolument comme si le défendeur s'y trouvait domicilié. Sans doute, les étrangers peuvent contracter entre eux en France, et poursuivre l'exécution des obligations nées à leur profit, mais devant quel juge ? telle est la question qu'il s'agit de résoudre. Nous avons admis que nos tribunaux sont compétents, en principe, pour statuer sur les contestations entre étrangers, et que le juge ne peut refuser de connaître d'un procès, par cela seul que les parties ne sont pas de nationalité française ; mais encore faut-il que, dans un cas donné, la juridiction du tribunal repose sur une cause ou sur une autre. Or, si, en matière commerciale, le lieu où la promesse a été faite est un des éléments dans lesquels le juge puise son droit de juridiction (art. 420, § 2, C. pr.), il en est autrement en ce qui concerne les affaires civiles, pour le jugement desquelles la compétence, dans notre législation, est indépendante du lieu où le contrat a été passé (1007). Nous ne pensons donc pas que nos juges soient légalement forcés de prendre connaissance des contestations qui peuvent naître entre

(1007) Dal., *Répert.*, V^o *Droit civil*, n^o 305. — Merlin, *Répert.*, V^o *Etranger*, § 2. — Bonfils, n^o 211, p. 182. — *Contrà* : Massé, t. I^{er}, n^o 657, p. 609. — Rodière, *Revue de législation*, t. I^{er}, p. 70.

deux étrangers, à l'occasion d'un contrat passé en France, alors même que le défendeur ne demanderait pas à être renvoyé devant le juge naturel de son domicile ; mais, d'un autre côté, nous ne saurions trop le répéter, ils doivent, en fait, dès que les deux plaideurs acceptent leur juridiction, éviter de faire usage de la faculté, qui en droit leur appartient, de se déclarer incompétents.

387. — Ce que nous venons de dire du lieu où le contrat a été passé, nous le dirons également du lieu où la promesse peut ou doit être exécutée, et, notamment, de l'indication en France d'un lieu de paiement. Nous croyons que M. Fœlix (1008) a tort de placer sur la même ligne l'élection de domicile en France et la simple indication d'un lieu de paiement. L'article 1258, § 6, distingue ces deux clauses auxquelles cet auteur semble attribuer les mêmes effets. Si, dans les matières commerciales, le demandeur peut porter son action devant le juge du lieu où le paiement doit être fait (art. 420, § 3, C. pr.), dans les affaires civiles, au contraire, l'élection de domicile, qui ne se présume pas, ne saurait résulter du seul fait qu'un endroit a été désigné en France pour le paiement (1009).

Remarquons d'ailleurs que, si la simple indication d'un lieu pour le paiement ne saurait entraîner élection de domicile en France, elle pourra du moins, jointe aux autres circonstances de la cause, telle que la passation de l'acte en France, donner au juge l'assurance que les parties ont entendu l'investir du règlement de leurs contestations (1010). Dans de telles circonstances,

(1008) T. I^{er}, n° 155, p. 325.

(1009) Demangeat, sur Fœlix, *loc. cit.*, p. 325, n. a. — Bonfils, n° 210, p. 182. — Merlin, *Répert.*, V° *Domicile élu*, § 2, n° 4. — Aubry et Rau, t. I^{er}, § 146, p. 587, n. 3 et 4. — Duranton, t. I^{er}, n° 378, et t. XII, n° 99. — Valette, sur Proudhon, t. I^{er}, p. 240. — Demolombe, t. I^{er}, n° 374. — Civ. cassat., 29 oct. 1810 ; C. n., 3, 1, 255.

(1010) Demangeat, sur Fœlix, *loc. cit.* — Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 226. — Paris, 17 avril 1852 ; Dal., 54, 5, 325.

nos tribunaux ne devraient jamais, sauf le cas d'une nécessité absolue, s'abstenir de juger les contestations portées devant eux.

388.— (C) — QUESTIONS D'ÉTAT. — Le principe de l'incompétence des tribunaux français a été surtout proclamé et appliqué en ce qui concerne les questions relatives à l'état des étrangers. Parmi ceux-là mêmes qui ont refusé d'accepter, relativement aux autres contestations, le principe de la jurisprudence avec toutes ses conséquences rigoureuses, il en est qui ont adopté une doctrine beaucoup plus étroite à propos des questions dont nous avons à parler. « Du reste, dit M. Massé, il est certain que les tribunaux français sont incompétents pour connaître de l'état des étrangers, et, spécialement, des demandes en séparation de corps entre époux étrangers, si ceux-ci ne sont pas autorisés à établir leur domicile en France, à moins que les époux n'y consentent, soit expressément, soit tacitement en ne proposant pas l'exception d'incompétence *in limine litis* » (1011).

Quant à la jurisprudence, sans faire de son principe une application aussi rigoureuse et aussi logique qu'elle l'aurait dû, comme nous le verrons, elle n'a pas manqué de l'invoquer, en général, pour refuser de connaître des contestations dont il s'agit. « Les tribunaux français, dit la Cour de Paris, peuvent s'abstenir de juger les contestations qui s'élèvent entre étrangers ; c'est pour eux un devoir, lorsqu'il s'agit de statuer sur une question qui intéresse l'état des personnes » (1012). Le 5 mai 1880, le tribunal civil de la Seine, après avoir décidé que les tribunaux français ne doivent statuer sur les contestations entre étrangers que dans les cas déterminés par la loi, ajoute : « S'il leur est loisible, en dehors de ces cas, de décider entre étrangers qui acceptent d'un commun accord la juridiction française, il leur est, par conséquent, facultatif de décliner, même d'office, la

(1011) T. I^{er}, n^o 666, p. 620.

(1012) 23 juin 1836 ; S., 36, 2, 160.

connaissance du procès. L'exercice de cette faculté s'impose, lorsqu'il s'agit de prononcer sur l'état des personnes » (1013).

389. — Cependant, on a fait généralement une exception à cette règle, à l'égard des étrangers autorisés à établir leur domicile en France, et la jurisprudence a eu plusieurs fois l'occasion de consacrer cette dérogation à son principe en ce qui concerne la séparation de corps (1014).

A vrai dire, la jurisprudence et la doctrine françaises ne sont pas très-bien fixées sur la compétence à l'égard des étrangers en matière de questions d'état, et un grand nombre de décisions reposent, comme nous le verrons, sur des motifs peu solides, et sur une confusion aussi fréquente que regrettable entre des idées essentiellement distinctes.

390. — Est-il donc vrai que l'on doive établir une différence profonde entre les questions qui touchent à l'état des étrangers et toutes les autres contestations, et que, pour les premières, les tribunaux français ne doivent pas user de la faculté de se déclarer compétents, ou même qu'ils ne le puissent pas ? Est-il vrai que le défendeur doive être admis à proposer le déclinatoire d'incompétence dans tous les cas, et alors même qu'il aurait son domicile en France ?

Nous n'avons pas à revenir ici sur ce que nous avons dit précédemment au sujet des mesures provisoires que les juges se

(1013) *J. dr. int.*, 1880, p. 299. — V. également, Alger, 28 avril 1875 ; *op. cit.*, 1875, p. 274. — Paris, 7 mai 1875 ; *eod. op.*, 1876, p. 270, n° 10. — 4 fév. 1876, sur cassat., S., 79, 1, 308. — Trib. civ. Seine, 1^{er} déc. 1877 ; *J. dr. int.*, 1878, p. 45.

(1014) Massé, t. I^{er}, n° 666, p. 620. — Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 156. — Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. I^{er}, § 62, p. 86, n. 15. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, p. 145, n. 39. — Civ. rej., 23 juil. 1855 ; S., 56, 1, 148. — Metz, 26 juil. 1865 ; S., 66, 2, 237. — Trib. civ. Marseille, 23 avril 1875 ; *J. dr. int.*, 1876, p. 185. — *Contrâ.* — Demolombe, *Du mariage*, t. II, n° 432. — Massol, *Séparation de corps*, p. 104, n° 7. — Lesenne, *Rev. pratique*, 1867, t. XXIII, p. 516. — V. aussi, Fœlix, t. I^{er}, n° 158, p. 331. — Cpr. Paris, 20 janv. 1865 ; *op. et loc. cit.*

reconnaissent le droit et même le devoir de prendre, en ce qui concerne spécialement les procès relatifs à l'état des étrangers (V. *suprà*, n^{os} 323 et 324). Il nous paraît hors de doute, comme nous l'avons dit, qu'il sont compétents pour ordonner de telles mesures qui font partie des lois de police et de sûreté, peu importe d'ailleurs que l'étranger ait établi son domicile en France ou qu'il n'y ait qu'une simple résidence (art. 3, § 1^{er}, C. civ.).

391. — Mais le pouvoir de nos tribunaux est-il limité à de telles mesures ? Ne faut-il pas aller plus loin et leur reconnaître compétence, du moins dans certains cas, pour statuer sur le fond même du débat ?

On a essayé de poser différents principes pour résoudre le difficile problème de la compétence internationale en matière de questions d'état. M. Asser, professeur à Amsterdam, formule ainsi le principe : « Dans les procès civils, la nationalité des parties doit rester sans influence sur la compétence des juges, sauf dans les cas où la nature même du litige doit faire admettre la compétence des juges nationaux de l'une des parties, comme dans les procès concernant la nationalité, les questions d'état et la famille » (1015).

Une distinction a été proposée dans le *Giornale delle leggi* de Gênes (1874, p. 313 et 321) par M. Pescatore ; elle peut se résumer ainsi : « Compétence du juge italien qui siège au lieu de la résidence de l'étranger, même en matière de questions d'état, s'il y a violation du droit, commise en territoire italien. Incompétence du juge italien, si les questions d'état sont abstraites et s'il n'y a pas eu violation du droit dans le lieu de la résidence » (1016).

Enfin, dans un arrêt du 15 février 1876 (1017), la Cour de

(1015) *Rev. dr. int.*, 1875, p. 276.

(1016) Cette distinction est rapportée par M. Dubois, dans le *Journal de droit international* de 1876, p. 221, n. 1.

(1017) *Op. cit.*, 1876, p. 220.

Milan a essayé de poser un principe qui consiste à établir une distinction entre les demandes principales et les demandes incidentes. D'après l'article 6 des dispositions préliminaires du Code civil italien, l'état et la capacité des personnes et les rapports de famille sont réglés par la loi de la nation à laquelle elles appartiennent. Selon la Cour, cette disposition ne prouve pas que le juge italien soit compétent pour toutes les questions relatives à l'état, à la capacité ou aux rapports de famille; elle ne fait pas allusion aux questions soulevées par voie d'action principale, mais seulement à celles qui se présentent d'une manière secondaire, et dont le juge se trouve dans le cas de connaître, comme d'un moyen pour se prononcer sur l'affaire portée devant lui.

On ne saurait admettre cette interprétation, quelque ingénieuse qu'elle soit, car elle attache à l'article précité une portée bien trop restreinte, et la Cour de Milan elle-même en avait donné une interprétation toute différente, dans un arrêt du 1^{er} juillet 1872 (1018).

392. — Quelle solution devons-nous donc donner à cette importante question : Les tribunaux français sont-ils compétents pour statuer sur une contestation relative à l'état des étrangers ? (1019)

A un point de vue général, et pour toutes les questions d'état, nous croyons qu'on doit déterminer la compétence, simplement d'après le domicile de l'étranger, sauf à appliquer au fond les lois de la nation à laquelle il appartient (1020).

Juridiquement, cette solution résulte pour nous de ces deux règles, à savoir : que les tribunaux français étant, en principe,

(1018) *Eod. op.*, 1876, p. 213.

(1019) Nous avons vu que, dans certains cas, cette compétence pouvait, à notre avis, se fonder sur la disposition de l'article 14 du Code civil (V. *suprà*, nos 194 et 195.).

(1020) Bonfils, n° 198, p. 171. — *Contrà* : Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 149. — Fœlix, t. I^{er}, n° 158, p. 329 et 330. — Demolombe, t. I^{er}, n° 261, 4^o, p. 423. — Massé, t. I^{er}, n° 666, p. 620.

compétents à l'égard des étrangers, ceux-ci se trouvent soumis à la juridiction du tribunal dans le ressort duquel ils ont leur domicile, et, d'autre part, que les procès relatifs à l'état des personnes doivent, au point de vue des règles de compétence, être assimilés aux actions personnelles et mobilières et régis par la maxime : *Actor sequitur forum rei*. Si l'on refuse de suivre ici cette règle fondamentale, à quel tribunal attribuera-t-on compétence pour statuer sur de telles questions ? Dans notre système, le domicile constitue un principe certain pour déterminer la compétence ; il n'y en a plus d'autre, si on refuse d'admettre celui-là. On n'a plus celui du domicile, puisqu'on le rejette, et la difficulté de le remplacer par une règle quelconque se trouve suffisamment attestée par les controverses auxquelles a donné lieu la recherche de cet autre principe. Nous avons signalé, dans une autre partie de ce travail (V. n° 296), les inconvénients et les dangers qu'il y aurait à contraindre les parties à s'adresser à un tribunal étranger, qui n'est d'ailleurs pas bien déterminé et que l'on ne connaît peut-être même pas, alors que l'étranger a quitté son pays depuis de longues années, est peut-être né en France, et a perdu toute trace de son domicile d'origine ou de celui de ses ancêtres. Ajoutons seulement que, pour les questions d'état en particulier, le juge du domicile actuel sera souvent seul à même d'apprécier en connaissance de cause les faits et circonstances qui servent de fondement à la demande, et qui se seront souvent accomplis en France et sur le territoire soumis à la juridiction du tribunal saisi.

393. — Jusqu'ici, nous avons toujours supposé que l'étranger était domicilié en France ; mais il faudrait se garder d'assimiler au domicile une simple résidence. La dernière peut bien entraîner compétence pour des mesures conservatoires, mais ce n'est pas trop, croyons-nous, que d'exiger un véritable domicile pour attribuer juridiction aux tribunaux français et empêcher l'étranger d'opposer le déclinatoire d'incompétence, dans une matière aussi importante que celle des questions d'état. Cette

distinction est du reste conforme aux principes généraux du droit français et à l'application que nous en avons faite aux étrangers dans les autres questions (V. *suprà*, n^{os} 311 et 370) (1020 *bis*). Nous verrons d'ailleurs que l'incompétence, en pareil cas, n'est pas d'ordre public, que les parties peuvent y renoncer et que le tribunal peut retenir la connaissance de la cause quand les plaideurs acceptent sa juridiction (V. *infra*, n^{os} 423 et suiv.).

394. — Ce que nous avons dit de l'étranger domicilié en France, nous l'appliquerons également à celui qui n'y aurait qu'une simple résidence, si d'ailleurs il n'avait aucun domicile connu dans son pays d'origine et se trouvait dans l'impossibilité d'établir l'existence d'un domicile hors de France (V. *suprà*, n^o 309).

395. — Les règles que nous venons de tracer brièvement pour déterminer la compétence dans les procès relatifs à l'état des étrangers, ne sont autres que celles qui nous ont déjà guidé pour résoudre la même question dans les autres contestations en général. Pourquoi donc cette tendance de certains auteurs et de la jurisprudence à classer dans une catégorie à part les procès relatifs à l'état des étrangers ? Les arrêts par lesquels les Cours de France refusent de connaître de ces questions reposent-ils toujours sur des motifs bien solides et bien juridiques ?

Il suffit de lire les considérants de ces arrêts et certains pas-

(1020 *bis*) V. dans ce sens, Bruxelles, 16 juin 1875; *Rev. dr. int.*, 1876, t. VIII, p. 490. — Cet arrêt est aussi analysé par M. Laurent, *Dr. civ. int.*, t. IV, p. 135. Cet auteur estime, au contraire, que la Constitution belge qui assure aux étrangers la protection accordée aux personnes et aux biens, ne permet pas de distinguer entre l'étranger domicilié ou simplement résidant. Il cite, comme étant en faveur de son opinion, un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 28 mai 1867, dont les motifs, à son avis, s'appliquent à la résidence autant qu'au domicile. *Op. cit.*, t. IV, p. 134. — Cpr. *eod. op.* p. 81 et 82.

sages des auteurs qui ont adopté la même théorie, pour voir que cette solution est fondée sur une confusion évidente entre deux choses fort distinctes, entre la compétence du juge et la loi qu'il doit appliquer. Après avoir établi que le statut personnel suit l'étranger en France, la Cour d'Alger ajoute : « Considérant que les dérogations à un principe de droit international, tel que celui qui réserve à chacun le statut personnel et, par suite, à moins d'accord contraire de tous les intéressés, la juridiction, quant à ce, des tribunaux de sa nation, ne sauraient facilement se présumer. . . . » (1021). « Les étrangers, dit encore un savant professeur, demeurent soumis en France aux lois étrangères pour ce qui concerne leur état et leur capacité ; or, il me semble que la conséquence de ce principe doit être que les questions qui concernent leur état et leur capacité, ne peuvent être aussi jugées que par les tribunaux étrangers » (1022).

Voilà bien la confusion entre la compétence du juge appelé à connaître d'une contestation, et la loi d'après laquelle il doit statuer. Nous avons cherché à mettre ce point en lumière, lorsque nous avons établi le principe de la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers (V. *suprà*, n° 295). Nous le répétons, il y a là, à notre avis, deux choses tout à fait distinctes, et cette considération que tel rapport de droit doit être régi par une loi étrangère, est à elle seule impuissante pour attribuer juridiction exclusive aux tribunaux étrangers, alors qu'il résulte des règles générales sur la compétence que le juge français doit être appelé à en connaître.

396. — La jurisprudence invoque aussi les dangers qu'entraînerait avec elle la nécessité de faire application d'une loi étrangère. « Les tribunaux seraient alors exposés à de graves erreurs ; la dignité de la justice pourrait même se trouver compromise

(1021) 4 mars 1874 ; S., 74, 2, 103.

(1022) Demolombe, *Du mariage*, t. II, n° 432, p. 538.

par la contrariété des décisions qui pourraient intervenir sur la même demande en France et en pays étranger » (1023).

Nous ne voulons pas revenir ici sur la valeur de cette objection que nous avons essayé de réfuter ailleurs, en établissant le principe qui sert de base à notre théorie (V. *suprà*, n° 295). Rappelons seulement que dans bien d'autres cas, et, notamment, lorsque l'étranger est justiciable des tribunaux français aux termes des articles 14 et 15, C. civ., ceux-ci peuvent avoir à examiner et à appliquer une loi étrangère, soit pour déterminer la capacité de l'étranger, soit pour apprécier la validité de l'acte au point de vue de la forme, en vertu de la règle : *Locus regit actum*. Et cependant, dans ces différentes hypothèses, le juge sera exposé à commettre de graves erreurs !

Ces dangers ne font d'ailleurs pas toujours reculer la jurisprudence, même en ce qui concerne les questions d'état entre étrangers, car elle décide, comme nous le verrons, que le juge français est compétent pour statuer sur ces questions, quand elles ne se posent qu'incidemment et non par voie d'action principale. Et cependant, c'est la loi étrangère qu'il faudra appliquer ! Cette même jurisprudence n'admet-elle pas encore, soit d'une manière expresse, soit d'une manière implicite, notamment en matière de séparation de corps, que les tribunaux français sont compétents si l'étranger a été autorisé à établir son domicile en France ? Or, dans cette hypothèse, malgré l'acquisition du domicile, la nationalité des époux n'en persévère pas moins, et le tribunal devra juger d'après leur loi nationale, c'est-à-dire interpréter et appliquer une loi étrangère ! Cet étranger est sans doute placé sur la même ligne que le Français, quant à la jouissance des droits civils, et il en résulte qu'il est admis à l'exercice des mêmes droits, dans la mesure de sa capacité personnelle ; mais il n'en résulte pas que cette capacité doive,

comme celle du Français, être appréciée d'après la loi française (1024).

Cette solution reste vraie, alors même que l'étranger, autorisé ou non à établir son domicile en France, aurait perdu l'esprit de retour dans son pays (1025).

De deux choses l'une : ou bien les arrêts et jugements qui reconnaissent la compétence des tribunaux français quand l'étranger a été autorisé à établir son domicile en France, ou bien, disons-nous, ces arrêts admettent que cet étranger est soumis à la loi française quant à son statut personnel, et ils font ainsi, comme nous venons de le voir, une confusion évidente entre cette question et celle de la jouissance des droits civils. Ou bien, au contraire, ils entendent maintenir l'étranger sous l'empire de sa loi personnelle ; mais alors ils manquent de logique, car nous nous trouvons en face d'une loi étrangère que le juge français devra appliquer, en s'exposant à tous les dangers signalés par la jurisprudence elle-même. Pour être logique, il faut dire avec M. Massol : « Quand l'étranger serait autorisé à résider en France, la solution devrait être la même ; car il reste toujours soumis aux lois de son pays, lorsqu'il s'agit de sa capacité ; par conséquent, il n'aurait pas la faculté d'intenter devant les tribunaux français une demande en séparation de corps, et l'incompétence serait également considérée comme rentrant dans les principes d'ordre public, et susceptible d'être présentée en tout état de cause (1026). »

(1024) Aubry et Rau, t. I^{er}, § 31, n. 24, p. 91. — Delvincourt, t. I^{er}, p. 16, n. 1. — Duranton, t. I^{er}, n° 141. — Demolombe, t. I^{er}, n° 266, p. 437 ; *Du mariage*, t. II, n° 432, p. 540. — Paris, 13 juin 1814 ; C. n., 4, 2, 393. — *Contrà* : Demangeat, *Condit. des étrang.*, nos 81 et 82 ; et sur Fœlix, t. I^{er}, p. 58, n. b, et p. 337, n. a.

(1025) Aubry et Rau, t. I^{er}, § 79, n. 5, p. 311, et n. 15, p. 313. — Merlin, *Répert.*, V° *Etrang.*, § 1^{er}, n° 10. — *Contrà* : Valette, sur Proudhon, t. I^{er}, p. 178, n. a.

(1026) *Séparation de corps*, p. 104, n° 7. — V. aussi, Demolombe, *Du mariage*, t. II, n° 432, p. 540.

Si donc il était exact de dire avec la jurisprudence qu'il convient aux tribunaux français, ou que c'est même pour eux un devoir de se déclarer incompétents, toutes les fois qu'il y a lieu d'appliquer une loi étrangère, il faudrait en conclure, en ce qui concerne les questions d'état, que l'idée de juridiction est corrélative de celle de nationalité et que, par suite, tant que la nationalité persiste chez l'individu, il ne peut relever que de sa juridiction nationale, relativement aux contestations qui touchent à la personne juridique. C'est bien là, en effet, le principe formulé par M. Asser, tel que nous l'avons rapporté (V. *suprà*, n° 391) (1027).

Quant à nous, nous persistons dans le principe que nous avons précédemment établi, à savoir qu'il faut s'attacher uniquement au domicile pour déterminer la compétence dans les procès relatifs à l'état des étrangers (1028).

396 *bis*. — La jurisprudence belge se reconnaît également compétente pour connaître des questions relatives à l'état des étrangers qui sont domiciliés en Belgique. Ce principe a été consacré, notamment, par un arrêt de la Cour de cassation, du 3 août 1848, rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Liège, du 24 avril 1847, qui avait prononcé la séparation de corps entre deux Français (1029). La Cour de Bruxelles s'est prononcée dans le même sens par des arrêts plus récents que nous aurons l'occasion de citer, en parlant spécialement de la compétence des tribunaux français pour statuer sur les demandes en séparation de corps et sur les demandes en interdiction ou en dation d'un conseil judiciaire (1030).

(1027) Cette théorie est également défendue par M. Labbé, dans une dissertation publiée dans le *Journal de droit international privé*, sous ce titre : *De la nationalité et du divorce, au point de vue des rapports internationaux* (Année 1877, p. 1 et suiv.).

(1028) Nous sommes heureux de pouvoir invoquer à l'appui de cette doctrine l'autorité de notre savant maître M. Dubois, *J. dr. int.*, 1876, p. 214.

(1029) Ces deux arrêts sont rapportés par Haus, *op. cit.*, n° 106, p. 270, et analysés par Laurent, *Dr. civ. int.*, t. IV, p. 131 et s.

(1030) V. *infra*, nos 404 *bis*, 407 *bis*, 418. — V. aussi, n° 435. — V. cepen-

397. — Après avoir ainsi posé le principe, il ne sera pas sans intérêt d'en faire plusieurs applications. Mais, avant d'examiner ces différentes hypothèses, nous voulons d'abord dire quelques mots des questions d'état incidentes.

Nos tribunaux seront compétents pour connaître d'une question d'état soulevée incidemment à une demande principale, dont la connaissance leur appartient en vertu de l'une ou de l'autre des règles que nous avons posées. Ici, en effet, sans parler des inconvénients pratiques qu'une autre solution entraînerait avec elle, et abstraction faite de toute autre raison juridique, il y a lieu d'appliquer la règle d'après laquelle le juge est compétent pour apprécier une question soulevée incidemment, comme moyen d'arriver à la solution du litige régulièrement porté devant lui (1031).

Il a été jugé, par exemple, que le tribunal français valablement saisi d'une demande en partage et liquidation d'une succession, est également compétent pour examiner la validité d'un mariage et la légitimité des enfants qui en sont issus (1032).

Le principe de la jurisprudence devrait conduire, ce nous semble, à une solution toute différente. Le juge va être dans la nécessité d'appliquer une loi étrangère, et, dès lors, nous nous trouvons en présence des mêmes dangers que les tribunaux ont considérés bien souvent comme suffisants pour les empêcher de statuer sur une question d'état portée devant eux par voie d'action principale. Il faudrait donc décider que c'est au juge étranger qu'il appartient d'appliquer la loi étrangère, et que le tribunal français devra surseoir à prononcer sur la demande principale, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la question incidente par le juge

dant, Bruxelles, 5 mai 1829, 13 mai 1830, analysés par Laurent, *op. cit.*, n° 48, p. 100 et 101. — Cpr. pour l'Italie, *infra*, n° 436; pour l'Angleterre, n° 437; pour les États-Unis, n° 438.

(1031) Félix, t. I^{er}, n° 162, p. 338. — Massé, t. I^{er}, n° 699, p. 674.

(1032) Lyon, 21 juin 1871; S., 72, 2, 201. — V. aussi, req. rej., 15 avril 1861; S., 61, 1, 722. — Req. rej., 13 déc. 1865; S., 66, 1, 157.

compétent. — Mais le juge de l'action est le juge de l'exception ! — Sans doute, mais à ce point de vue encore, le principe de la jurisprudence devrait la conduire à décider que le tribunal français est incompétent. Si, en effet, la règle générale est que les tribunaux français sont incompétents à l'égard des étrangers, s'il est vrai que cette incompétence a pour fondement les motifs indiqués dans les arrêts, s'il est vrai enfin que les raisons invoquées et les dangers signalés se rencontrent surtout dans le jugement des questions d'état, il faut en conclure qu'il n'y a pas là une incompétence *ratione personæ*, et que le juge ne peut, dès lors, connaître incidemment d'une question dont il ne pourrait être valablement saisi par voie d'action principale, à raison d'une incompétence d'ordre public (1033).

397 *bis*. — Avant de faire application de notre principe aux principales difficultés concernant l'état et les rapports de famille, nous voulons d'abord dire quelques mots au sujet de la nationalité.

On s'est demandé quelle est l'autorité compétente pour examiner si un Français avait la capacité légale de perdre sa nationalité et d'acquérir celle d'un pays étranger. On a prétendu que les tribunaux français étaient incompétents *ratione materiæ*, et que l'autorité du pays qui avait concédé la naturalisation avait seule le pouvoir d'en apprécier la validité. Toute autre solution porterait atteinte à la souveraineté de l'Etat étranger. En décidant que la qualité de Français se perd par la naturalisation acquise en pays étranger (art. 17, n° 1, C. civ.) (1033 *bis*), le législateur a entendu se désintéresser de l'examen relatif à la perte de cette qualité. On ne saurait d'ailleurs établir une distinction entre les effets que produit en France la naturalisation et ceux qu'elle produirait en pays étranger, car l'état des personnes est indivisible.

(1033) Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, t. III, p. 194. — Massé, t. I^{er}, n° 699, p. 674.

(1033 *bis*). V. notamment, Bluntschli, *Rev. pratique*, 1876, t. XLI, p. 305 et suiv. — Trib. Charleroi, 3 janv. 1880 ; S., 81, 4, 1.

Cette argumentation nous paraît insoutenable et nous pensons, au contraire, qu'il appartient à nos tribunaux d'examiner si un Français avait, suivant la loi de son pays, la capacité de se faire naturaliser en pays étranger (1034). En adoptant cette solution, nous ne portons aucune atteinte à la souveraineté de l'Etat étranger. Nous ne reconnaissons pas, en effet, aux tribunaux français le droit de décider si cet Etat a valablement concédé à un individu la nationalité étrangère, mais uniquement celui d'examiner si cet individu a perdu la qualité de Français d'après la loi de son pays. En refusant ce droit à nos tribunaux, nous porterions, au contraire, une atteinte réelle à la souveraineté française ; car le mutuel respect que se doivent les nations entre elles exige que chaque Etat puisse déterminer les conditions sous lesquelles les nationaux pourront rompre les liens qui les attachaient à leur patrie.

Est-il donc vrai que le législateur, dans l'article 17, n° 1, du Code civil, ait entendu renoncer à ce droit au profit des nations étrangères ? Assurément non. Un législateur soucieux de sa dignité ne consent pas de pareilles abdications, qui auraient, en réalité, pour résultat, de permettre à un législateur étranger de faire la loi en France. Les rédacteurs du Code ont simplement voulu proclamer le principe de la liberté d'expatriation, et reconnaître au Français le droit d'abandonner sa nationalité pour en acquérir une autre. Encore faut-il, pour qu'il puisse prendre une résolution aussi grave, qu'il ait la capacité nécessaire d'après sa loi nationale.

Sans doute, l'état des personnes est indivisible, et un individu ne saurait être considéré, dans le même pays, comme ayant deux nationalités différentes. Mais ce principe ne s'oppose pas à ce

(1034) V. dans ce sens, Herbaux, *Rev. pratique*, 1880, t. II, p. 127, nos 32 et s. — Labbé, *J. dr. int.*, 1877, p. 5 et s. — Renault, *op. cit.*, 1880, p. 178 et s. — *Contrà* : Bluntschli, *Rev. pratique*, 1876, t. XLI, p. 305 et s. — V. aussi les auteurs et les arrêts cités à la note suivante.

que deux Etats différents réclament la même personne comme un de leurs sujets. Cette conséquence est sans doute fort regrettable, mais elle découle nécessairement de la diversité qui caractérise les législations des différents Etats (1034 *bis*).

398. — Les tribunaux français sont-ils compétents pour connaître des difficultés que peuvent faire naître les questions relatives à l'état des étrangers et aux rapports de famille ? Le sont-ils, spécialement, pour statuer sur une action en réclamation ou en contestation d'état ?

(1034 *bis*) La question que nous venons d'examiner rapidement s'est présentée assez récemment dans une affaire qui a eu un grand retentissement. La comtesse de Caraman-Chimay, belge de naissance, avait épousé le prince de Bauffremont, Français. Un jugement, du tribunal de la Seine, du 7 avril 1874, confirmé par la Cour de Paris, avait prononcé la séparation de corps entre les deux époux. La dame de Bauffremont se fit naturaliser, sans l'autorisation de son mari, dans le duché de Saxe-Altenbourg; puis, en vertu de la loi allemande, elle épousa, devant l'officier de l'état civil de Berlin, le prince Bibesco, Roumain. Le prince de Bauffremont demanda la nullité du mariage et de la naturalisation en vertu de laquelle la princesse s'était remariée. Le tribunal de la Seine fit droit à cette double demande, et son jugement fut confirmé par un arrêt de la Cour de Paris, du 17 juillet 1876 (Dal., 78, 2, 1, et la *note*). Il est à remarquer toutefois que les premiers juges avaient déclaré nul l'acte de naturalisation, ce qui était, en réalité, dépasser leurs pouvoirs et l'objet même du litige. Aussi, la Cour se borna-t-elle à décider que cet acte ne saurait être opposé au prince de Bauffremont. L'arrêt de la Cour de Paris fut confirmé par un arrêt de rejet de la Chambre civile, du 18 mars 1878 (Dal., 78, 1, 201). — L'affaire a été portée devant la justice belge, par suite d'une saisie-arrêt que le prince de Bauffremont a faite en Belgique, en exécution des décisions rendues par les tribunaux français. Le tribunal de Charleroi s'est prononcé dans un sens contraire à celui de notre Cour de cassation, par un jugement du 3 janvier 1880, qui a été réformé par un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 5 août 1880 (S., 1881, 4, 1). — V. aussi, sur cette affaire, Laurent, *Dr. civ. int.*, t. V, n° 172 et suiv., p. 356 et suiv. — Herbaut, *op. cit.*, p. 93 et suiv.. — Bluntschli, *Rev. pratique*, 1876, t. XLI, p. 305 à 334. — Labbé, *J. dr. int.*, 1875, p. 409 et suiv., et 1877, p. 5 et suiv. — Renault, *op. cit.*, 1880, p. 178 et suiv. — Dr Stölzel, *op. cit.*, 1876, p. 260. — De Holtzendorff, *eod. op.*, p. 5 et s. — Gabba, *Rev. pratique*, 1876, t. XLII, p. 369 et suiv.

La demande en rectification d'actes de l'état civil, dressés en France, pourra sans doute être portée par un étranger, soit devant le tribunal au greffe duquel est ou sera déposé le double du registre dans lequel l'acte a été inscrit (1035), soit devant le tribunal déjà saisi d'une question principale, lorsque cette demande sera formée incidemment à l'action déjà intentée (1036).

Le tribunal de la Seine (1036 *bis*), tout en reconnaissant la compétence des tribunaux français pour ordonner la rectification d'un acte de naissance, dressé en France, décide qu'il en est ainsi, sauf à surseoir à prononcer jusqu'à ce que les tribunaux étrangers aient statué sur la question d'état, soulevée par la demande en rectification de l'acte dont il s'agit. Il se peut, en effet, que ce soit en réalité une action portant sur une question d'état, de nature à entraîner la rectification de certains actes de l'état civil. Dans cette hypothèse, et alors que la rectification de l'acte n'est ainsi demandée qu'accessoirement et par voie de conséquence, il faudra observer les règles ordinaires de compétence et de procédure en matière personnelle. L'action devra donc être portée devant le tribunal du domicile du défendeur étranger, qui, tout en prononçant sur la question, ordonnera la rectification dans les registres de l'état civil, des erreurs ou omissions qu'il aurait constatées (1037).

C'est ainsi qu'il faudrait reconnaître la compétence du tribunal français dans le ressort duquel le défendeur étranger a son domicile,

(1035) Aubry et Rau, t. 1^{er}, § 63, n. 19, p. 213. — Toullier, t. 1^{er}, p. 341. — Delvincourt, édit. 1824, *Notes*, p. 60. — Duranton, t. 1^{er}, n° 342.

(1036) Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 20. — Duranton, *loc. cit.*, — Demolombe, t. 1^{er}, p. 549.

(1036 *bis*) 13 déc. 1873; *J. dr. int.*, 1875, p. 16. — Nous n'approuvons ce jugement qu'autant qu'il aurait été établi que le défendeur, dans l'espèce, était domicilié hors de France.

(1037) Demolombe, t. 1^{er}, p. 550 et 551. — Mersier, *Actes de l'état civil*, p. 449. — Civ. rej., 14 mai 1834; Dal., *Répert.*, V° *Dr. civil*, n° 138. — Cpr. Aubry et Rau, t. 1^{er}, § 63, p. 213.

pour statuer sur la demande d'un autre étranger revendiquant le droit de porter le titre et le nom du défendeur. Le tribunal civil de la Seine s'est cependant déclaré incompétent pour connaître d'une question de ce genre, en se fondant sur des arguments que nous avons cherché à réfuter ailleurs, à savoir « que les tribunaux français sont institués pour rendre justice à leurs nationaux, et que, le statut personnel suivant l'étranger en tous lieux, il incomberait alors à ces tribunaux d'appliquer la loi étrangère, aux risques d'incertitudes et d'erreurs qui engageraient la dignité de la justice et l'autorité de ses décisions » (1038).

399. — La Cour de cassation (1039) a confirmé un arrêt de la Cour d'Orléans, du 27 mars 1833, décidant qu'une action en réclamation d'état constitue une demande personnelle qui doit être portée devant les tribunaux étrangers du pays du défendeur. M. Rodière a critiqué cette solution dans la *Revue de législation* (1040). Il part du principe que les tribunaux français sont compétents toutes les fois que l'étranger défendeur réside en France, et que l'acte ou le fait qui donne lieu à la réclamation a été également passé ou s'est accompli en France. Faisant ensuite application de cette règle à l'espèce dont il s'agit, il décide que la naissance qui servait de base à la demande ayant eu lieu en France, et le défendeur s'y trouvant encore au jour de la réclamation, le tribunal français, non-seulement pouvait, mais encore devait statuer sur cette réclamation.

La doctrine de M. Rodière et celle de la Cour de cassation sont, à notre avis, l'une et l'autre beaucoup trop absolues. Nous n'approuvons pas sans doute la Cour, en tant qu'elle admet d'une manière générale qu'une telle action doit être portée devant les tribunaux étrangers ; mais nous ne saurions non plus

(1038) 5 mai 1880 ; *J. dr. int.*, 1880, p. 299.

(1039) 14 mai 1834 ; Dal., *Répert.*, *loc. cit.*

(1040) T. I^{er}, p. 170.

décider avec M. Rodière, que les tribunaux français ont nécessairement compétence, par cela seul que le défendeur réside en France et que le fait s'est accompli en France. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une véritable action en réclamation d'état, et le défendeur n'ayant en France qu'une simple résidence, autant qu'on peut le voir d'après les circonstances indiquées, il en résulte que, dans le cas particulier, c'était bien, en effet, devant le tribunal étranger de son domicile que devait être portée la demande.

400. — La même solution a cependant été donnée par la Cour suprême, dans une espèce où les époux étaient domiciliés à Bône (Algérie), et où il s'agissait d'une action en contestation de légitimité, intentée par le frère du mari défunt. La Cour d'Alger se déclara incompétente et son arrêt fut attaqué par le motif que la demande était fondée sur la nullité du mariage au point de vue de la forme, et que la contestation devait être jugée d'après la loi française. C'était là une question étrangère à la compétence, que la Cour ne prit pas d'ailleurs en considération, car elle confirma l'arrêt de la Cour d'Alger par la raison qu'il s'agissait, en réalité, d'une question de légitimité des enfants, et que le juge d'appel, en se déclarant incompétent, s'était conformé aux principes de la matière (1041).

Cet arrêt ne fait que consacrer la théorie de la compétence facultative, et l'on sait qu'elle n'est pas ici la nôtre, puisque le défendeur était domicilié à Bône et que le tribunal de cette ville, aussi bien que la Cour d'Alger, était, dès lors, compétent pour connaître du procès.

401. — La solution que nous avons donnée pour les actions en réclamation d'état et en contestation de légitimité, nous la donnerons également pour les actions en désaveu, et nous dirons que le demandeur en désaveu sera recevable à former sa demande devant les tribunaux français, toutes les fois que le défendeur

(1041) Req. rej., 26 juil. 1852 ; Dal., 52, 1, 249 ; analysé par Laurent, *Dr. civ. int.*, t. IV, p. 103.

aura un domicile en France, ou qu'il se trouvera dans l'impossibilité de prouver qu'il a conservé un domicile dans son pays d'origine (1042).

402. — Nous avons déjà eu l'occasion de dire que les tribunaux français sont compétents pour prendre des mesures provisoires et conservatoires dans l'intérêt de la personne et des biens d'un mineur étranger (V. *suprà*, n^{os} 323 et 325). Nous croyons qu'il faut aller plus loin encore, et reconnaître la compétence des juges français pour pourvoir à la nomination d'un tuteur, selon la loi nationale du mineur étranger, toutes les fois que ce mineur a son domicile en France (1043).

Le tribunal de la Seine a, en effet, considéré comme valable et régulière la délibération d'un conseil de famille ayant pour objet de nommer un tuteur à un mineur étranger domicilié en France (1044). Il est vrai que des circonstances particulières venaient se joindre à celle du domicile, dans l'affaire sur laquelle le tribunal était appelé à se prononcer. Il s'agissait d'un enfant abandonné par son père qui se trouvait détenu dans une prison de la Suisse, par suite d'une condamnation prononcée contre lui par la Cour criminelle de Genève. Mais cette solution doit être maintenue, à notre avis, quelles que soient les circonstances dans lesquelles la question se présente, dès qu'il s'agit d'un mineur domicilié en France. Ce que nous disons du mineur domicilié en France, nous l'appliquerons d'ailleurs à tout mineur résidant en France, sans avoir de domicile connu dans un autre pays.

(1042) Merlin, *Répert.*, V^o *Légitimité*, sect. 4, § 3. — V. sur cette question, Clunet, *J. dr. int.*, 1880, p. 469.

(1043) Il y a des traités qui donnent aux consuls le pouvoir d'organiser la tutelle. V^o la convention consulaire avec l'Espagne, du 7 janv. 1862 (art. 20, n^o 7), promulguée par décret du 18 mars 1862 (S., *L. annot.*, 1862, p. 21). — Civ. cassat., 19 juin 1878; *J. dr. int.*, 1878, p. 508. — Avec l'Italie, du 26 juil. 1862 (art. 9, § 7), promulguée par décret du 24 septembre 1862 (S., *L. annot.*, 1862, p. 93). — Avec la Grèce, du 7 janv. 1876 (art. 15, § 1^{er} *in fine*), promulguée par décret du 2 mars 1878; S., 78, 3, 288.

(1044) 10 avril 1877; *J. dr. int.*, 1878, p. 275.

La tutelle devra être organisée conformément à la loi nationale du mineur, à moins, toutefois, que sa nationalité ne soit inconnue, ou que l'impossibilité d'appliquer de suite la loi étrangère ne permette pas de prendre des mesures promptes et efficaces, auxquels cas la tutelle devrait être organisée définitivement, ou au moins provisoirement, selon la loi française.

Si l'autorité française est compétente pour donner un tuteur au mineur étranger domicilié en France, c'est également au tribunal français qu'il appartiendra d'homologuer, s'il y a lieu, les délibérations du conseil de famille, de résoudre les difficultés qui pourront s'élever, et, notamment, de statuer sur les attaques dirigées contre ces délibérations (1045).

C'est à propos d'une question de ce genre que la Cour de Bastia (1046) a reformé un jugement du tribunal de la même ville qui s'était déclaré compétent (1046 *bis*). Dans l'espèce, la question de compétence pouvait être envisagée à un double point de vue :

1° au point de vue des principes généraux ; 2° au point de vue des conventions diplomatiques entre la France et l'Italie, car il s'agissait d'un sujet italien. En nous plaçant au premier point de vue, nous pensons, comme la Cour de Bastia, mais pour

(1045) Il a été jugé que les tribunaux français sont seuls compétents pour prononcer sur les difficultés auxquelles peut donner lieu la tutelle d'un mineur français, et, notamment, sur la demande en destitution de la mère tutrice, alors même que celle-ci serait de nationalité étrangère. Req. rej., 22 déc. 1874 ; *J. dr. int.*, 1875, p. 433.

(1046) 8 déc. 1863 ; S., 64, 2, 20 ; analysé par Laurent, *Dr. civ. int.*, t. IV, p. 107. — Cpr. Douai, 12 juil. 1844 ; Dal., *Répert.*, V° *Droit civil*, n° 308, 1°.

(1046 *bis*) Nous ne saurions admettre avec le tribunal de Bastia que l'article 14, C. civ., doit ici recevoir son application. Dans une contestation de la nature de celle qui s'était élevée relativement à la constitution de la tutelle, ce n'est pas par des raisons particulières au tuteur, mais en vertu des règles applicables à la tutelle elle-même, que la compétence des tribunaux doit être déterminée. L'article 14 est une disposition trop exorbitante pour qu'il soit permis de l'appliquer à une classe de contestations qui ne sont vraisemblablement pas entrées dans la prévision du législateur.

d'autres raisons, que le tribunal français était incompétent. La Cour se fonde sur ce que tout ce qui tient aux tutelles dépend du statut personnel, qui suit en tous lieux la personne et continue de la régir même en pays étranger. Elle en conclut que toutes les questions qui se rattachent à ce statut, ne peuvent être soumises qu'aux tribunaux du pays dans lequel il est en vigueur. « Comment admettre que les tribunaux français puissent juger des questions dépendantes d'une tutelle organisée d'après les lois de l'Italie ? Comment appliqueraient-ils des lois qui leur sont probablement inconnues et qui n'ont rien d'obligatoire en France ? » Nous avons essayé de réfuter ailleurs ces objections ; cependant, nous adoptons, dans l'espèce, la solution donnée par la Cour, par la raison que, d'après cet arrêt, le père du mineur n'avait à Bastia qu'une simple résidence, et qu'il avait conservé son domicile légal en Italie.

Telle serait du moins notre doctrine, si nous nous placions uniquement au point de vue des principes généraux ; mais il existait, dans le cas particulier, un autre élément de solution dont il fallait peut-être tenir compte ; nous voulons parler de la convention consulaire, conclue avec l'Italie le 26 juillet 1862 (art. 9, § 7) (1047). D'après cette convention, en cas de décès d'un Italien en France, le consul est chargé d'organiser la tutelle conformément aux lois italiennes. Il en résulte que c'est en France que la tutelle du mineur italien doit être organisée, sans que l'on fasse aucune distinction, selon qu'il aurait en France un véritable domicile ou une simple résidence. Dès lors, ne semble-t-il pas naturel de décider que c'est au tribunal dans le ressort duquel la tutelle a été organisée, qu'il appartient, soit d'homologuer les délibérations du conseil de famille, soit de résoudre les difficultés qui peuvent s'élever ? Ne serait-ce pas, en effet, compromettre les intérêts du mineur, que d'exiger que toutes les questions soulevées, et, par exemple, toutes les atta-

(1047) S., *Lois annotées*, 1862, p. 93.

ques dirigées contre ces délibérations, soient portées devant les tribunaux étrangers ? On a peine à croire que les auteurs de la convention consulaire aient entendu consacrer un tel système. Voilà pourquoi nous sommes disposé à penser que la Cour de Bastia aurait dû se déclarer compétente, mais, remarquons-le bien, par des raisons particulières, provenant de la convention diplomatique dont nous venons de parler (1048).

403.—Faisant une application du principe que nous avons posé, relativement à la compétence en matière de tutelle, nous décidons que, lorsqu'un mineur est domicilié en France, il appartient à l'autorité française de donner au tuteur, en se conformant aux lois du pays du mineur, l'autorisation nécessaire pour contracter un emprunt. Nous donnerions cette solution, même dans l'hypothèse où le mineur appartiendrait à un Etat avec lequel il aurait été passé une convention diplomatique, qui se bornerait d'ailleurs à remettre aux consuls le soin d'organiser la tutelle. S'il s'agissait, par exemple, d'un mineur espagnol, c'est au tribunal français, et non pas au consul, que le tuteur devrait s'adresser pour obtenir l'autorisation dont il s'agit. Les pouvoirs des consuls espagnols en France, en matière de tutelle, sont, en effet, précisés et limités par la convention de 1862 (1049) ; ils peuvent organiser la tutelle, mais, une fois qu'elle est organisée, leurs pouvoirs sont expirés. Ils n'ont pas qualité pour s'immiscer dans la tutelle, ni pour habiliter le tuteur. Il faudra donc et il suffira, en pareil cas, d'obtenir l'autorisation du tribunal français, puisque, d'après la loi espagnole, ce sont les tribunaux qui ont la haute surveillance et direction de la tutelle (1050).

404. — En matière d'interdiction, il faut encore déterminer la

(1048) D'autres conventions consulaires donnent aux consuls, en matière de tutelle, les mêmes pouvoirs que le traité de 1862 avec l'Italie. V. *suprà*, note 1043.

(1049) Citée *suprà*, à la note 1043.

(1050) Cpr. sur cette question, Clunet, *J. dr. int.*, 1879, p. 271 et suiv.

compétence d'après le domicile de la personne qu'il s'agit d'interdire. Nous disons : le domicile et non pas la simple résidence, car ce n'est pas trop, comme nous l'avons déjà fait remarquer, que d'exiger un véritable domicile pour attribuer juridiction dans une question aussi importante. Cette solution est d'ailleurs conforme aux principes généraux du droit français. La simple résidence suffit pour que le tribunal puisse prendre des mesures, comme la nomination d'un curateur ou d'un conseil provisoire, car ce sont là des mesures de police et de sûreté. Mais, si l'étranger est véritablement domicilié en France, le tribunal français devrait, à notre avis, reconnaître sa compétence pour prononcer l'interdiction, malgré le déclinatoire qui pourrait être proposé par le défendeur, peu importe que cet étranger ait été ou non autorisé par le Gouvernement à établir son domicile sur notre territoire (1051).

Ce principe n'est autre que celui que nous avons établi pour les questions d'état, en général, et nous ajoutons qu'il est particulièrement nécessaire de l'admettre en ce qui concerne l'interdiction. Il ne s'agit pas seulement de l'intérêt des tiers qui peuvent contracter avec l'étranger dans le pays où il est domicilié, mais de l'intérêt de l'interdit lui-même et de sa famille. Si l'on refuse, en effet, de reconnaître la juridiction du juge qui est tout naturellement désigné par le lieu du domicile, on se trouvera en face de grandes difficultés, et peut-être même dans l'impossibilité de déterminer un tribunal compétent parmi les tribunaux de la nation à laquelle appartient l'étranger. La solution que nous avons donnée se justifie encore à un autre point de vue, car il se peut que l'étranger soit établi en France depuis de longues années, et bien souvent l'autorité judiciaire du lieu du domicile sera plus à même que toute autre d'examiner s'il se trouve dans des conditions exigeant son interdiction.

Il y a peu de monuments de la jurisprudence sur ce point, et,

(1051) *Contrà* : Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 153.

parmi les auteurs, il en est qui ont gardé une prudente réserve sur la solution à donner à cette question (1052). C'est ce qu'a fait également le tribunal civil de la Seine, le 7 avril 1876 (1053). « En supposant, dit le jugement, que les tribunaux français ne soient pas compétents, dans certains cas, pour statuer sur l'état civil d'un étranger et pour modifier sa capacité juridique, en ce qui concerne les actes passés en France, les jugements prononçant l'interdiction d'un étranger peuvent néanmoins acquérir force de chose jugée, lorsqu'ils ne sont pas attaqués dans la forme et dans les délais indiqués par la loi. »

Nous ne connaissons qu'un seul arrêt qui ait trait à notre question ; il émane de la Cour de Caen et porte la date du 29 janvier 1873 (1054). Il s'agissait, dans l'espèce, d'un étranger établi en France depuis plus de quarante ans. Les deux parties, il est vrai, avaient accepté la juridiction du tribunal de première instance, et la Cour établit d'abord que l'incompétence ne peut plus être opposée pour la première fois en appel, ce qui semblerait supposer que, malgré le domicile de l'étranger en France, la juridiction du tribunal aurait pu être déclinée si l'exception avait été opposée avant toute défense au fond. Cependant, après avoir ainsi statué sur l'opportunité de l'exception soulevée, la Cour affirme sa compétence en ces termes : « Considérant..... qu'au contraire il paraît juste et utile que l'action introduite contre la dame veuve M..., soit portée devant le tribunal de Falaise et la Cour de Caen, dans les ressorts desquels elle réside depuis plus de quarante ans, et où il sera plus facile qu'ailleurs d'examiner si son état et ses habitudes motivent les mesures que réclament les adversaires ; que d'ailleurs la dame M... n'a point de domicile en Angleterre..... »

404 bis. — La Cour de Bruxelles s'est également déclarée

(1052) Bertauld, *Questions pratiques*, t. I^{er}, nos 200 et 201.

(1053) *J. dr. int.*, 1877, p. 146.

(1054) *Dal.*, 76, 2, 224.

compétente pour prononcer l'interdiction d'un étranger domicilié en Belgique, par un arrêt du 30 juin 1873, confirmant avec adoption de motifs un jugement du tribunal de la même ville, du 5 janvier 1872 (1055). Le tribunal commence par poser le vrai principe qui détermine la compétence, et établit que l'étranger domicilié en Belgique est soumis à la juridiction des tribunaux belges. Il fonde ensuite sa décision sur la Constitution belge dont l'article 128 assure aux étrangers la protection accordée aux personnes et aux biens (1056).

405. — Signalons, en ce qui concerne la tutelle et l'interdiction, certaines dispositions contenues dans les traités passés entre la France et la Suisse. Déjà la convention du 15 juillet 1828 (art. 3, *in fine*), après avoir décidé que les contestations entre les héritiers d'un Français mort en Suisse, ou d'un Suisse mort en France, seraient portées devant le juge du dernier domicile dans le pays d'origine, ajoutait : « Le même principe sera suivi pour les contestations qui naîtraient au sujet des tutelles » (1057). La convention conclue le 15 juin 1869, contient un article 10, qui est ainsi conçu : « La tutelle des mineurs et interdits français résidant en Suisse sera réglée par la loi française, et, réciproquement, la tutelle des mineurs et interdits suisses résidant en France sera régie par la législation de leur canton d'origine. En conséquence, les contestations auxquelles l'établissement de la tutelle et l'administration de leur fortune pourront donner lieu, seront portées devant l'autorité compétente de leur pays d'origine, sans préjudice toutefois des lois qui régissent les immeubles, et des mesures conservatoires que les juges du lieu de la résidence pourront ordonner » (1058).

(1055) Ces décisions sont analysées par Laurent, *Dr. civ. int.*, t. IV, p. 114. — V. aussi, *Rev. dr. int.*, 1872, t. IV, p. 654.

(1056) La Cour de Milan et celle de Lucques se sont prononcées dans le même sens. V. *infra*, n° 436. — V. pour l'Angleterre, n° 437.

(1057) S., *Lois annotées*, 1789-1830, p. 1197.

(1058) S., *Lois annotées*, 1869, p. 429.

Il paraît que, sous l'empire du traité de 1828, deux pratiques absolument différentes s'étaient produites en Suisse, l'une à côté de l'autre. En général, on renvoyait, pour l'ouverture des tutelles, au lieu d'origine, c'est-à-dire en France, tandis qu'à Genève où la population française est fort nombreuse, les mineurs domiciliés étaient pourvus de tuteurs, nommés conformément au Code civil qui est à la fois la loi genevoise et la loi française (1059). La rédaction de l'article 10 du traité de 1869 a soulevé elle-même des difficultés au sujet de son interprétation. Peu de temps après la conclusion de ce traité, un Genevois établi à Paris voulut faire convoquer un conseil de famille dans cette ville et nommer un subrogé-tuteur ; mais le juge de paix, d'accord avec la légation suisse, décida qu'il n'y avait pas lieu de donner satisfaction à cette demande, en se fondant sur l'article 10 du traité de 1869. Les autorités de Genève pensaient, au contraire, que le juge de paix compétent était celui du domicile, c'est-à-dire de Paris. Le message du Conseil fédéral que nous n'avons pas sous les yeux, et qui accompagnait la présentation du traité, ne laisse, paraît-il, aucun doute sur le sens de cette disposition. C'est bien de la tutelle ouverte au lieu d'origine qu'il s'agit, comme représentant de grands avantages. Aussi, le Conseil fédéral confirmait-il l'interprétation donnée au traité par la légation suisse et le juge de paix de Paris (1060).

406. — Y a-t-il lieu d'apporter des modifications au traité sur ce point ? Des discussions intéressantes se sont élevées sur la question de savoir si, en matière de tutelle, il ne conviendrait pas de substituer le juge et la loi du domicile au juge et à la loi du pays d'origine. M. Alexandre Martin voudrait qu'on appliquât la loi du domicile (1061). Au contraire, M. Ernest Lehr,

(1059) Rapport de la légation suisse à Paris, du 26 mars 1870. *J. dr. int.*, 1879, p. 130.

(1060) *Op. et loc. cit.*

(1061) *Op. cit.*, 1879, p. 127.

envisageant spécialement la question au point de vue des rapports entre la France et la Suisse, croit qu'il y a des raisons péremptoires pour maintenir la solution donnée par le traité, soit parce qu'en Suisse la notion du domicile est assez inexacte et confuse, soit à cause des différences profondes qui existent, en matière de tutelle, entre le droit français et celui des Etats de la Confédération, et même dans la législation des Etats entre eux.

Quoi qu'il en soit de cette question, nous persistons à penser que le juge compétent doit être celui du domicile, ainsi que nous avons essayé de le démontrer. Il faudrait donc définir, d'une manière claire et précise, ce qu'il faut entendre par domicile, en donnant à ce mot le sens de principal établissement, et nous adopterions, pour notre part, en ce qui concerne la compétence, une disposition nouvelle qui remplacerait l'article 10 actuel du traité de 1869, et serait conçue à peu près dans ces termes : « La tutelle des mineurs français domiciliés en Suisse s'ouvrira dans ce dernier pays, et l'autorité du lieu du domicile pourvoira à la nomination d'un tuteur. Les contestations auxquelles pourront donner lieu l'établissement de la tutelle et l'administration des biens, seront portées devant le tribunal du lieu de l'ouverture de la tutelle. Les mêmes règles seront suivies pour la tutelle d'un mineur suisse domicilié en France. — En dehors de ce cas, la tutelle s'ouvre dans le pays d'origine, et il appartient aux autorités compétentes de ce pays de l'organiser et de statuer sur les difficultés qu'elle peut faire naître, sans préjudice toutefois des mesures conservatoires et d'urgence que les juges du lieu de la résidence pourront toujours ordonner. — Les mêmes règles seront applicables pour déterminer le juge compétent à l'effet de prononcer l'interdiction d'un suisse domicilié ou résidant en France, ou d'un Français domicilié ou résidant en Suisse. »

407. — Pour la nomination d'un conseil judiciaire, comme pour l'interdiction, des auteurs ont réservé la question de com-

pétence (1062). C'est ce qu'a fait aussi la Chambre des requêtes, dans un arrêt du 29 janvier 1866 (1063), qui est exclusivement fondé sur l'autorité qui appartient aux jugements non attaqués par les voies légales. « Attendu qu'en admettant, ce qu'il n'échet d'examiner, que les tribunaux français soient incompétents, d'une manière absolue, pour statuer sur des contestations entre étrangers et restreindre par la dation d'un conseil judiciaire la capacité civile de l'un d'eux, le jugement intervenu au mépris de cette incompétence n'est point nul de plein droit, et conserve toute son autorité jusqu'au moment où la réformation ou l'annulation en a été poursuivie et obtenue par les voies légales..... »

Un arrêt de la Cour de Rouen, du 5 décembre 1853 (1064), constate dans ses considérants que le ministère public a qualité pour requérir et les tribunaux français compétence pour ordonner la dation d'un conseil judiciaire à un étranger résidant en France, et qui n'a aucun parent connu dans ce pays.

Il n'existe, à notre connaissance, qu'un seul arrêt qui ait prononcé directement sur la question ; il a été rendu par la Cour d'Alger, le 4 mars 1874 (1065). La Cour déclare qu'il est de principe que les tribunaux français ne doivent la justice qu'aux Français et ne peuvent l'imposer aux étrangers dans leurs rapports entre eux, et que, par conséquent, la juridiction entre étrangers ne peut avoir d'autre base que le consentement des parties. Aussi reconnaît-elle fondée l'exception d'incompétence, bien que proposée pour la première fois en appel.

Nous avons déjà eu l'occasion de parler de cet arrêt, pour montrer comment la jurisprudence confond la question de compétence et celle de la loi à appliquer. Mais ce n'est pas tout, la

(1062) Bertauld, *op. cit.*, t. I^{er}, nos 200 et 201.

(1063) S., 66, 1, 105.

(1064) Dal., 54, 2, 123.

(1065) S., 74, 2, 103. — V. également, un jugement du trib. civ. de la Seine, du 22 nov. 1881, qui vient d'être publié dans *Le Droit*, du 27 nov.

Cour d'Alger déclare qu'il s'agit ici du respect dû au principe de souveraineté, et des conflits et des dangers que pourrait faire naître son oubli. Où est donc le manque de respect au principe de la souveraineté ? Avons-nous jamais songé à attribuer juridiction à un tribunal français sur un territoire étranger, et le juge français portera-t-il atteinte à cette souveraineté, en statuant d'après la loi nationale de la partie en cause ? Il nous semble que, loin de blesser la souveraineté étrangère, on ne fait que la reconnaître, quand on applique les lois qui sont son œuvre. S'il fallait voir ici un empiétement sur une souveraineté quelconque, nous serions plus disposé à le voir sur la souveraineté territoriale, par suite de l'application en France de lois émanées d'un pouvoir étranger. Non, la justice n'est pas due seulement aux Français ; non, le seul fait qu'un tribunal doit appliquer une loi étrangère ne peut suffire pour le rendre incompetent, alors qu'il est, au contraire, compétent en vertu d'autres règles ; non, la juridiction n'est pas basée sur la volonté des parties, et le seul consentement des plaideurs est impuissant à attribuer compétence à un juge dont l'incompétence peut être opposée pour la première fois en appel, et doit, dans le système de la jurisprudence, être considérée comme étant d'ordre public ; non, enfin, nous ne portons aucune atteinte au respect dû à une souveraineté étrangère. Notre conclusion est donc que, pour la dation d'un conseil judiciaire, comme pour l'interdiction, les tribunaux français seront compétents, toutes les fois que l'étranger aura son domicile en France (1066).

(1066) *Contrà* : Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 153. — La solution que nous avons adoptée doit être maintenue, à notre avis, quelle que soit la nationalité de celui qui introduit la demande en interdiction ou en dation d'un conseil judiciaire. Nous ne saurions admettre, en effet, qu'un Français puisse se prévaloir de l'article 14 du Code civil pour provoquer de telles mesures à l'égard d'un étranger qui n'aurait en France ni domicile ni résidence. Cet article renferme une disposition trop hostile aux vrais principes pour qu'on puisse l'étendre à des demandes auxquelles le législateur n'a sans doute pas entendu l'appliquer.

407 *bis*. — Cette solution a été également consacrée par un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 9 juin 1873. La Cour invoque l'article 128 de la Constitution belge, qui étend aux étrangers les lois qui protègent les personnes et les biens, ajoutant que cette disposition doit recevoir son application aux lois qui défendent le prodigue contre ses passions et la faiblesse de sa volonté (1067).

407 *ter*. — Nous avons vu qu'aux termes de l'article 10 de la convention du 15 juin 1869, les difficultés relatives à l'établissement de la tutelle des mineurs et interdits suisses, doivent être portées devant les juges de leur canton d'origine (V. *suprà*, n° 405). La Cour de Nîmes, par un arrêt du 28 février 1881 (1068), a décidé que cet article devait recevoir son application aux demandes en dation de conseil judiciaire. La Cour estime que cette disposition n'est qu'une conséquence du principe d'après lequel les tribunaux français sont incompétents pour modifier l'état civil des étrangers. Elle en conclut qu'elle doit être entendue plutôt *lato sensu* que limitativement.

Pour nous qui admettons le principe de la compétence, cette argumentation ne saurait avoir aucune valeur, et nous devrions, si nous nous attachions au texte même du traité, décider que l'article 10 ne saurait être étendu au-delà des cas expressément prévus. Nous devons dire toutefois que l'esprit de la convention semble commander une autre solution. En réservant au juge du lieu d'origine la connaissance des contestations relatives à l'établissement de la tutelle des interdits, les rédacteurs du traité n'ont pas entendu exclure de cette réserve les contestations relatives à la dation d'un conseil judiciaire. Les unes et les autres doivent, au contraire, être soumises aux mêmes règles et jugées de la même manière. La nomination d'un conseil judiciaire, comme

(1067) *Rev. dr. int.*, 1874, t. VI, p. 279. — Cet arrêt est analysé par Laurent, *Dr. civ. int.*, t. IV, p. 118.

(1068) *Le Droit*, 10 sept. 1881. *J. dr. int.*, 1881, n° VII-VIII, p. 351.

le dit la Cour de Nîmes, est une diminution et une dépendance de la tutelle des interdits. L'interprétation donnée par cette Cour nous paraît donc justifiée, si non par la lettre, du moins certainement par l'esprit de la convention et par le caractère même de la demande dont il s'agit.

Il est à remarquer que, dans l'espèce, l'exception d'incompétence n'avait pas été soulevée par les parties, mais d'office par le ministère public. La Cour se fonde sur l'article 11 du traité qui impose au tribunal le devoir de se dessaisir de l'affaire, puis elle ajoute : « Attendu que l'incompétence édictée par l'article 10 est une incompétence d'ordre public, fondée sur un traité international, dans un intérêt de souveraineté nationale, et aux prescriptions duquel les justiciables ne sauraient, dans un intérêt privé, déroger. »

Sur ce point, nous nous séparons complètement de la Cour de Nîmes. Nous avons essayé d'établir que l'incompétence fondée sur un traité n'est pas d'ordre public, que les parties peuvent ne pas s'en prévaloir et que le juge n'est pas tenu de la prononcer d'office (V. *suprà*, n° 252). Nous avons ajouté que, malgré l'article 11 de la convention de 1869, cette solution devait être maintenue en ce qui concerne spécialement ce dernier traité. Nous ne pouvons que renvoyer aux développements que nous avons donnés à cette question, en ajoutant que nous ne voyons aucune raison décisive pour ne pas admettre, dans les contestations relatives à l'état et à la capacité des personnes, l'interprétation que nous avons admise pour les autres contestations en général (V. *suprà*, n° 253).

En résumé, nous pensons que l'arrêt de la Cour de Nîmes peut se justifier, en tant qu'il décide que l'article 10 du traité s'applique aux demandes en dation d'un conseil judiciaire ; mais nous ne saurions admettre avec elle qu'il s'agit d'une incompétence d'ordre public. Or, les parties, dans l'espèce, avaient accepté la juridiction française. Notre conclusion est donc que la Cour aurait dû confirmer purement et simplement la décision des premiers juges, qui avaient statué sur la demande portée devant eux.

408. — Avant d'examiner les questions de compétence qui se rapportent au mariage, nous voulons dire encore quelques mots relativement à l'absence.

Il est un premier point qui nous paraît absolument certain, c'est que les tribunaux français sont compétents pour prendre les mesures conservatoires dont parlent les articles 112 à 115, C. civ., dans l'intérêt de l'étranger présumé absent. Il ne s'agit que de sauvegarder les droits et de prendre soin du patrimoine d'une personne qui se trouve dans l'impossibilité de le faire elle-même. Il ne s'agit que d'ordonner des mesures urgentes et conservatoires, commandées par la nécessité, et nous avons vu que les tribunaux français sont toujours compétents pour ordonner de pareilles mesures, à l'égard de toutes les personnes et de tous les biens qui se trouvent dans les limites du territoire français (V. *suprà*, n^{os} 323 et suiv.).

Le tribunal compétent à cet effet sera celui du domicile ou, à défaut de domicile connu, de la dernière résidence. Toutefois, s'il y a urgence, ou qu'il ne s'agisse que de l'exécution des dispositions ordonnées par ce tribunal, les parties intéressées pourront toujours s'adresser au juge du lieu où se trouvent les biens qui font l'objet des mesures d'administration. Si l'étranger n'avait en France ni domicile ni résidence, la demande pourrait toujours être portée devant le tribunal de la situation des biens (1069).

409. — Mais ne faut-il pas aller plus loin, et décider que les tribunaux français sont compétents pour déclarer l'absence d'un étranger, sur la demande d'un Français ou d'un autre étranger ?

La question s'est présentée devant la Cour de Douai, en 1854. L'Administration de l'enregistrement s'était adressée au tribunal de Dunkerque, à l'effet de faire déclarer l'absence d'un Espagnol, propriétaire d'un immeuble en France, et de se faire ensuite

(1069) Bonfils, n^o 78, p. 74. — Demolombe, *De l'absence*, n^o 14 bis (1), p. 14. — Cpr. Douai, 2 août 1854; S., 54, 2, 700.

envoyer en possession de cet immeuble. Le tribunal se déclara incompetent. La Cour de Douai décida, au contraire, que la juridiction française était compétente par cela seul que la demande était formée par un Français, et que le tribunal de Dunkerque avait pu spécialement en être saisi, comme étant celui de la situation de l'immeuble. La Cour, statuant ensuite au fond, décida que la demande devait être rejetée et qu'il n'appartenait pas aux tribunaux français de déclarer l'absence d'un étranger (1070).

Nous croyons qu'il faut d'abord écarter toute distinction que l'on voudrait établir d'après la nationalité du demandeur. La solution doit être la même, peu importe que la déclaration d'absence soit demandée par un Français ou par un étranger. Dans une question de cette nature, comme lorsqu'il s'agit de donner un tuteur à un mineur, de prononcer une interdiction, de nommer un conseil judiciaire, ce n'est pas par des raisons particulières au demandeur que la compétence des tribunaux doit être déterminée, mais uniquement en vertu des règles applicables à la matière, abstraction faite de la nationalité de celui qui en réclame l'application.

Cette distinction étant ainsi écartée, quelle solution faut-il donner à notre question ? Il nous paraît certain que les tribunaux français seraient incompetents pour déclarer l'absence d'un étranger qui n'aurait eu en France ni domicile ni résidence. Le tribunal compétent est, en effet, celui du domicile ou, à défaut de domicile connu, celui de la dernière résidence de la personne qui a disparu (1071). C'est là que l'absent est connu, c'est là qu'il a ses relations, c'est là que l'on aura de ses nouvelles. C'est donc

(1070) 2 août 1854 ; S., 54, 2, 700 ; analysé par Laurent, *Dr. civ. int.*, t. IV, p. 105.

(1071) Demolombe, *op. cit.*, n° 58, p. 71. — Aubry et Rau, t. I^{er}, § 151, p. 599, n. 2. — Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I^{er}, p. 272. — Laurent, *Principes de dr. civil*, t. II, p. 205, n° 159.

le juge du domicile qui, par la nature des choses, est le seul compétent pour déclarer l'absence. « Il y aurait impossibilité, dit encore M. Demolombe avec la Cour de Douai, de remplir les formalités tutélaires de la déclaration d'absence, qui supposent essentiellement que la personne qui a disparu avait en France un domicile ou une résidence » (1072).

L'incompétence des tribunaux français ne cesserait d'ailleurs pas d'exister par cela seul que l'étranger posséderait des biens en France ; car c'est toujours au tribunal du domicile qu'il appartient de statuer sur la demande, et ceux qui prétendent droit à ces biens ne peuvent s'en faire attribuer la possession qu'en faisant déclarer l'absence, et comme conséquence de cette déclaration.

Mais nous pensons, au contraire, que, si l'étranger s'était établi en France, son absence pourrait être déclarée par le tribunal français de son domicile, ou, à défaut de domicile connu, par celui de sa dernière résidence.

Dans l'espèce sur laquelle la Cour de Douai était appelée à statuer, il s'agissait sans doute d'un étranger qui n'avait jamais eu en France ni domicile ni résidence ; mais, pour justifier son incompétence, la Cour invoque un motif bien plus général et plus élevé que celui de l'absence de tout domicile et de toute résidence, motif qui, s'il était fondé, devrait faire admettre la même solution dans l'hypothèse où l'étranger serait domicilié en France. « Attendu, dit la Cour, que la déclaration d'absence influe également, d'une manière considérable, sur le sort des époux, sur celui de la communauté, sur celui des enfants, et, par suite, sur l'autorité maritale et sur la puissance paternelle ; attendu que des dispositions qui touchent de si près à l'état des personnes et qui modifient si profondément cet état, ne peuvent pas être appliquées à l'étranger.... » (1073).

(1072) *Op. cit.*, n° 14 bis (2), p. 15. — Bonfils, n° 78, p. 75.

(1073) Demolombe, *op. cit.*, n° 14 bis (2), p. 15. — Bonfils, n° 78, p. 74.

Que la loi qui a organisé en France le régime de l'absence, soit une loi personnelle qui ne doive pas être appliquée à l'étranger, c'est là une question que nous n'avons pas à traiter ici, et qui ne saurait à elle seule s'opposer à la compétence de telle ou telle juridiction, lorsque cette compétence résulte des règles générales applicables à la matière. Or, nous l'avons dit, le tribunal compétent pour déclarer l'absence de la personne qui a disparu est celui du domicile de cette personne. L'action de la justice française, nous l'avons dit également, doit s'exercer en France à l'égard des étrangers, aussi bien qu'à l'égard des nationaux, et nous ne voyons aucune raison décisive pour apporter ici une dérogation au principe d'après lequel on doit, selon nous, déterminer la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers (1074).

Nous approuvons donc l'arrêt de la Cour de Douai, par la raison que, dans le cas particulier, il s'agissait d'un étranger qui n'avait jamais eu ni domicile ni résidence en France. Aussi, la Cour aurait-elle dû, à notre avis, non-seulement refuser de faire droit au fond à la demande en déclaration d'absence, mais encore se déclarer incompétente pour statuer sur cette demande. Nous ne saurions, au contraire, l'approuver, en tant qu'il semble ne considérer la question de domicile que comme secondaire, et décider que la solution devrait être la même dans tous les cas, par cette seule considération que le statut personnel de l'étranger lui est applicable en France.

410. — A plus forte raison déciderons-nous que les tribunaux français sont compétents pour déclarer l'absence de l'étranger qui a été autorisé à établir son domicile en France (art. 13, C. civ.). Cependant, même dans cette hypothèse, les partisans de la doctrine consacrée par la Cour de Douai refusent ce droit à nos tribunaux, car, pour eux, le motif de l'incompétence existe toujours, c'est-à-dire que l'étranger, malgré l'autorisation du

(1074) Devilleneuve, *Observations* sur l'arrêt de Douai, note 2-3.

Gouvernement, n'en demeure pas moins soumis aux lois personnelles de son pays. Telle est, en effet, la solution adoptée par M. Demolombe (1075), qui fait toutefois une exception pour le cas où l'étranger, autorisé à établir son domicile en France, aurait perdu son ancienne patrie et ne serait plus, en réalité, soumis à ses lois personnelles.

411. — Nous allons maintenant examiner les principales difficultés qui peuvent être soulevées à l'occasion de la compétence dans les questions relatives au mariage.

On s'est demandé si les tribunaux français étaient compétents pour statuer sur l'opposition formée par un père étranger au mariage que sa fille se propose de contracter en France. La Cour de Rennes (1076) s'est déclarée incompétente pour connaître d'une demande en main-levée d'opposition (1077). Dans l'affaire sur laquelle elle était appelée à se prononcer, le futur époux français avait été mis en cause ; mais elle ne s'est pas arrêtée à cette circonstance, appréciant qu'il était sans qualité pour intervenir dans l'instance.

Sans examiner quelle influence la mise en cause du futur conjoint ou de l'officier de l'état civil pourrait, en l'absence de toute idée de fraude, exercer sur la solution de cette question (1078), nous pensons que, dans tous les cas, il faut ici reconnaître la compétence des tribunaux français (1079). Nous avons vu, en effet, que l'élection de domicile faite par un étranger

(1075) *Op. cit.*, n° 14 bis (2), p. 18.

(1076) 16 mars 1842; S., 42, 2, 211. — V. également, Fœlix, t. I^{er}, n° 158, p. 332.

(1077) La solution donnée par la Cour de Rennes a été également consacrée par un jugement du tribunal civil de la Seine, du 22 août 1878 (*J. dr. int.*, 1878, p. 503). On retrouve dans les motifs de ce jugement la confusion entre la question de compétence et celle de la loi à appliquer.

(1078) V. Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 152.

(1079) Féraud-Giraud, *loc. cit.*, p. 151. — Demangeat, sur Fœlix, t. I^{er}, p. 332, n. a.

dans un lieu situé en France, donne compétence au tribunal de ce lieu ; or, nous le supposons, l'acte d'opposition a dû contenir élection de domicile dans une commune de France, et, dès lors, l'action a pu être portée devant le tribunal spécial du domicile élu (art. 176, C. civ). Cette élection de domicile est attributive de juridiction, car son but est de donner au futur époux contre lequel l'opposition est dirigée, le moyen d'en obtenir promptement main-levée (1080).

M. Demangeat (1081) fait en outre remarquer qu'une solution contraire aboutirait à ce singulier résultat, que l'étranger qui s'oppose au mariage de son enfant, serait investi, à cet égard, d'un pouvoir bien plus grand que le Français ; car, en fait, il y aura souvent des obstacles insurmontables à ce qu'on puisse obtenir du juge étranger main-levée de l'opposition.

Sur cette question encore, nous retrouvons la confusion entre le statut et la compétence. « Le statut personnel, disait M. l'avocat général Foucher devant la Cour de Rennes, suit le national partout où il se transporte, tant qu'il ne perd pas sa nationalité. Les tribunaux de son pays sont donc seuls compétents pour statuer sur les contestations que ce statut peut faire naître » (1082). Quant à l'argument tiré de ce que l'élection de domicile em-

(1080) *Observations* de la section de législation du Tribunal; Loaré, t. IV, p. 454 et 455, n° 13. — Merlin, *Répert.*, V° *Opposition à mariage*, n° 4, quest. 1, sur l'art. 177. — Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. 1^{er}, p. 427. — Duranton, t. II, n° 212, p. 153. — Allemand, *Traité du mariage*, t. 1^{er}, p. 321 et suiv. — Demolombe, *Du mariage*, t. 1^{er}, n° 157, p. 257. — Demante et Colmet de Santerre, t. 1^{er}, p. 347, n° 251 bis, III. — Laurent, *Principes de droit civil*, t. II, n° 398. — Bruxelles, 6 déc. 1830; C. n., 9, 2, 492. — Bordeaux, 7 janv. 1840; S., 40, 2, 249. — Paris, 27 mars 1841; S., 41, 2, 432. — Douai, 15 nov. 1841; S., 42, 2, 301. — Orléans, 28 août 1845; S., 45, 2, 355. — Req. rej., 5 juil. 1859; S., 59, 1, 451. — Rouen, 13 nov. 1878; S., 79, 2, 71. — Cpr. Rouen, 7 déc. 1859; S., 60, 2, 589. — *Contrà* : Paris, 23 mars 1829; C. n., 9, 2, 236.

(1081) Sur Fœlix, *loc. cit.*

(1082) S., 42, 2, 211.

porte compétence du tribunal français, M. l'avocat général estime qu'il y a là une confusion entre deux choses essentiellement distinctes : la forme et le fond. Il nous suffira de répondre à cette dernière objection que la forme doit ici emporter le fond, au point de vue de la compétence. Il est reconnu par la jurisprudence elle-même que cette élection est attributive de juridiction, et c'est précisément, comme nous l'avons dit, pour permettre au futur époux d'obtenir main-levée de l'opposition, sans être tenu d'aller plaider au loin, que l'acte d'opposition doit contenir élection de domicile.

De ce motif même il résulte que la demande en main-levée pourra toujours être portée devant le tribunal du domicile général (art. 111, C. civ. et 59, § 9, C. pr.) (1083). Les tribunaux français seront donc encore compétents pour connaître de cette demande, toutes les fois que l'opposant aura son domicile en France, quel que soit d'ailleurs le lieu où il ait dû faire élection de domicile.

412. — « Les tribunaux français, dit M. Féraud-Giraud (1084), après M. Félix (1085), n'ont pas à connaître des demandes formées par une femme étrangère contre son mari, pour être autorisée à procéder à un acte de la vie civile, pour la validité duquel cette autorisation est nécessaire. »

Cette solution, qui pourra être vraie dans certains cas, nous paraît beaucoup trop absolue, et nous pensons qu'il y a lieu d'appliquer les règles suivantes :

Si le mari refuse d'autoriser la femme à passer un acte, celle-ci pourra s'adresser au tribunal français de première instance du domicile commun (art. 219, C. civ., 861 et 862, C. pr.) (1086).

(1083) Aubry et Rau, t. V, § 457, p. 39, n. 5. — Proudhon, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 427. — Duranton, t. II, n° 212, p. 153. — Demolombe, *Du mariage*, t. I^{er}, n° 165, p. 265. — Allemand, *op. cit.*, p. 323.

(1084) *J. dr. int.*, 1880, p. 151.

(1085) T. I^{er}, n° 158, p. 332. — V. également, trib. Seine, 27 nov. 1839; *Gazette des trib.* du 28; cité par le même auteur.

(1086) La femme pourrait toujours s'adresser aux tribunaux français, si le mari n'avait ni domicile ni résidence connus.

Cette règle est applicable, non-seulement en matière extra-judiciaire, mais encore en matière judiciaire, alors du moins que la femme est demanderesse (1087). Enfin, en supposant la femme défenderesse valablement assignée devant un tribunal français, c'est au demandeur qu'incombera, en pareil cas, l'obligation de faire autoriser la femme, et il lui suffira à cet effet d'assigner en même temps le mari devant le tribunal auquel la contestation doit être soumise. La femme pourra alors être autorisée par le tribunal, si le mari ne comparait pas ou refuse de donner son autorisation (1088).

413. — Les tribunaux français sont-ils compétents pour connaître de la validité d'un mariage, lorsque les deux époux sont étrangers ?

D'après ce que nous avons dit précédemment (V. *suprà*, n° 397), ils seront d'abord compétents toutes les fois que cette question devra être examinée incidemment, comme moyen de statuer sur la demande principale régulièrement portée devant eux (1089).

Mais il se peut qu'une demande en nullité de mariage soit

(1087) Exposé des motifs par Berlier ; Loaré, t. XXIII, p. 151, n° 12. — Proudhon, *op. cit.*, t. 1^{er}, p. 469. — Merlin, *Répert.*, V° *Autorisation maritale*, sect. 8, n° 2. — Carré, *Lois de la procédure*, Question 2909. — Demolombe, t. IV, n° 250. — Aubry et Rau, t. V, § 472, p. 145. — Paris, 24 avril 1843 ; S., 43, 2, 264. — Toutefois, si le mari n'avait ni domicile ni résidence connus, la femme, demanderesse au procès, pourrait s'adresser par voie incidente au tribunal saisi de la contestation, pour obtenir l'autorisation dont elle a besoin. Besançon, 20 mai 1864 ; S., 64, 2, 146. — V. aussi Demolombe, *op. cit.*, n° 254 bis.

(1088) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 146. — Demolombe, t. IV, nos 266 à 269. — Civ. cassat., 5 avril 1840 ; S., 40, 1, 768. — Req. rej., 25 janv. 1843 ; S., 43, 1, 247. — Orléans, 5 mars 1849 ; S., 49, 2, 638. — Req. rej., 10 mars 1858 ; S., 58, 1, 449.

(1089) Félix, t. 1^{er}, n° 162, p. 338. — Féraud-Giraud, *op. cit.*, 1880, p. 151. — Trib. Seine, 24 déc. 1833 ; *Gaz. des trib.*, 5 janv. 1834. — 16 mars 1840 ; *Gaz. des trib.*, 17 mai ; cités par Féraud Giraud, — V. aussi les arrêts indiqués *suprà*, à la note 1032.

portée par voie d'action principale devant les tribunaux français. Faut-il, même dans cette hypothèse, reconnaître leur compétence pour statuer sur une pareille demande ?

Nous écartons d'abord une distinction que l'on a voulu faire, selon que la femme est ou non française d'origine. Dans le cas où elle est française d'origine, on soutient que le procès ne s'agit plus entre deux étrangers, puisque ce qui est en question, c'est l'existence même du mariage et, par suite, la nationalité de la femme. On en conclut que celle-ci peut invoquer contre son mari la compétence des tribunaux français (art. 14, C. civ.) (1090). Nous n'avons pas à revenir sur cette difficulté que nous avons examinée en nous occupant de l'article 14. Rappelons seulement que, contrairement à ce qu'admet la jurisprudence, suivie sur ce point par d'excellents auteurs, nous avons décidé que cet article ne saurait être invoqué par la femme, dans de telles circonstances, et que la demande ayant pour objet de faire prononcer la nullité d'un mariage annulable, devait être considérée comme formée par un étranger contre un étranger (V. *suprà*, n° 134) (1090 *bis*).

Envisagée à ce point de vue, la question doit être résolue d'après les règles générales que nous avons posées, à savoir : que les tribunaux français sont compétents et que le défendeur à la demande en nullité n'est pas recevable à opposer le déclinatoire, toutes les fois que les époux sont domiciliés en France (1091).

Il n'est donc pas exact, à notre avis, de prétendre, d'une manière générale, que les tribunaux français sont incompétents pour statuer sur la demande dont il s'agit, mais qu'ils pourront

(1090) V. en faveur de cette doctrine, les auteurs et les arrêts cités *suprà*, à la note 361.

(1090 *bis*) Il en serait autrement si l'époux demandeur, Français au jour du mariage, avait conservé ou recouvré cette qualité au jour de l'action en justice. Paris, 17 juil. 1876; Dal., 78, 2, 1, et la note.

(1091) *Contrà* : Féraud-Giraud. *op. cit.*, 1880, *loc. cit.* — Fœlix, t. 1^{er}, n° 158, p. 332. — V. aussi, trib. civ. Seine, 30 juin 1876; *J. dr. int.*, 1877, p. 146.

être compétents, en vertu des règles applicables aux contestations entre Français et étrangers. Il faut dire, au contraire, qu'ils pourront être compétents en vertu des règles que nous avons établies pour les procès entre étrangers, mais qu'ils n'auront pas à faire application de l'article 14, parce que la femme, même française d'origine, doit-être considérée comme étrangère, tant que le mariage existant n'a pas été annulé par un jugement.

Remarquons, en terminant, à quel singulier résultat conduit la théorie de la jurisprudence sur cette question, si l'on compare cette solution avec celle qu'elle admet en matière de séparation de corps et que nous allons examiner. Il en résulte que les tribunaux français seront compétents pour statuer sur la demande en nullité de mariage, intentée par une femme française d'origine contre son mari étranger, mais qu'ils n'auront pas le pouvoir de prononcer seulement la séparation de corps entre les mêmes parties.

414. — Les monuments de la jurisprudence sont assez peu nombreux sur les questions dont nous venons de parler ; mais nos tribunaux ont été appelés souvent à se prononcer sur la compétence entre étrangers en matière de séparation de corps.

Pour nous, le problème devient assez facile à résoudre, à l'aide des principes que nous avons précédemment établis. Il faut, à notre avis, reconnaître la compétence des tribunaux français pour prononcer sur une demande en séparation de corps entre époux étrangers, et refuser au défendeur le droit de décliner leur juridiction, non-seulement quand il s'agit d'étrangers autorisés à établir leur domicile en France, mais encore toutes les fois qu'ils ont en France un véritable domicile, et non une simple résidence (1092). Nous ne prétendons pas fonder cette solution

(1092) Bonfils, nos 198 et s. — *Contrà* : Féraud-Giraud, *op. cit.*, 1880, p. 149, n° 2, et 150. — Lesenne, *Rev. pratique*, 1867, t. XXIII, p. 505 et s. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 bis, p. 144. — Massol, *Séparation de corps*, p. 101, n° 6. — Duranton, t. II, n° 583. — Demolombe, t. I^{er}, n° 261, p. 423 ; *Du mariage*, t. II, n° 432, p. 537. — Félix, t. I^{er}, n° 158, p. 330.

sur l'article 3, § 1^{er} du Code civil (1093) ; si nous attribuons, dans ce cas, compétence aux tribunaux français, c'est que ces tribunaux sont, dans notre système, compétents, en principe, pour connaître des contestations entre étrangers, et en particulier en vertu de l'article 59, § 1^{er}, du Code de procédure, lorsque l'étranger défendeur a son domicile en France.

Voyez les conséquences d'une autre solution ! Le tribunal français refuse de statuer sur la demande en séparation de corps. Voilà les parties renvoyées à la recherche d'un tribunal dans leur patrie d'origine qu'elles ont quittée peut-être depuis de longues années ! Devant quel tribunal la demande devra-t-elle être portée ? Devant celui du domicile antérieur de l'époux étranger défendeur ? Devant celui du lieu où le mariage a été célébré ? Devant celui de la résidence des époux après le mariage ? Mais enfin, supposons que le demandeur ait réussi à saisir définitivement le tribunal compétent ; comment ce tribunal pourra-t-il être au courant de tous les faits invoqués à l'appui de la demande, et dont tous les témoins habitent la France ? Il faudra donc subir les lenteurs inévitables résultant de l'envoi de commissions rogatoires au tribunal français ! Il est permis de douter que le juge, en refusant de statuer, ait donné satisfaction au véritable intérêt des parties.

Mais ce n'est pas tout, il se peut, et le fait s'est présenté il y a quelques années, que l'étranger soit hors d'état de justifier à quelle nationalité il appartient ; il se peut qu'il ne reste aucune trace de son ancien domicile, ou de son ancienne résidence dans sa patrie d'origine. A quel tribunal faudra-t-il alors s'adresser ? Dans tous les cas, le tribunal étranger ne pourra-t-il pas, lui aussi, refuser de connaître d'une demande intéressant un individu qui depuis fort longtemps a quitté son pays sans esprit de retour ? « Vous condamnez donc les époux, dit M. Bonfils, aux

(1093) V. cependant, Mailher de Chassat, *Traité des statuts*, n° 200, p. 269.

tourments d'une vie commune impossible où, perpétuellement enchaînés l'un à l'autre, ils ne verront leur salut que dans un effroyable scandale, ou peut-être dans un crime, vers lequel les poussera la folie du désespoir ! La femme torturée, le mari outragé, viennent vous demander la paix et le repos ; et lorsqu'ils s'adressent à la justice, faut-il qu'ils voient se fermer devant eux les portes de ses temples » (1094) ?

415. — La résidence doit d'ailleurs tenir lieu du domicile, lorsque celui-ci est inconnu (V. *suprà*, n° 309). Il faudrait même reconnaître à la femme étrangère le droit de porter sa demande en séparation de corps devant le tribunal français de sa propre résidence, si le domicile et la résidence du mari étaient inconnus. Ce serait, en effet, blesser la conscience, autant que la raison et le droit, que de permettre ainsi à un mari d'abandonner sa femme sans qu'on puisse savoir où il se trouve, et de la mettre dans l'impossibilité de faire relâcher le lien qui les unit, par la séparation de corps légale.

416. — Ceux qui soutiennent le principe de l'incompétence des tribunaux français pour statuer sur les demandes en séparation de corps entre époux étrangers, prétendent, il est vrai, qu'il suffit que le tribunal ordonne des mesures provisoires, propres à sauvegarder la sécurité des époux, accorde à la femme un domicile séparé et des aliments, confie la garde momentanée des enfants à de véritables protecteurs.

Sans doute, nous l'avons exposé plus longuement à un autre endroit (V. *suprà*, n° 324), le juge français a le pouvoir et même le devoir de prendre de telles mesures à l'égard des étrangers, alors même qu'ils ne se trouveraient que momentanément sur le territoire français, qu'ils n'y auraient qu'une résidence passagère ; mais ces mesures seront-elles toujours suffisantes, comme on le prétend ? Il nous paraît certain que les tribunaux ne pourront les ordonner pour une durée indéfinie ; autrement, l'on arriverait à

ce singulier résultat de voir se produire la plupart des effets d'une séparation qui n'existe pas légalement (1095), sans que la femme puisse obliger le mari à la liquidation de la communauté et à la restitution de ses apports. Le tribunal impartira donc à la femme un délai dans lequel elle devra saisir de sa demande le tribunal compétent. Mais, si le mari n'appartient pas à une nationalité bien déterminée, s'il a perdu toute trace de son domicile d'origine, si les époux sont établis chez nous depuis longtemps, peut-être sans esprit de retour, et que la femme se trouve dans l'impossibilité de s'adresser aux tribunaux d'un autre pays, nous nous trouvons alors placés dans une véritable impasse, et l'on cherche vainement par quel procédé il sera possible d'en sortir.

Et qu'on le remarque bien, nous ne faisons pas ici le tableau exagéré d'une situation qui ne se présentera jamais en fait. Il est arrivé qu'un mari, actionné par sa femme en séparation de corps, n'appartenait à aucune nationalité déterminée (1096). Voici également dans quelles circonstances les tribunaux français furent saisis, en 1843, d'une demande en séparation de corps entre étrangers. Un Polonais, réfugié en France, contracte un mariage avec une Française dans la ville de Saintes. Le tribunal de cette ville prononce la séparation de corps, demandée par la femme contre son mari ; mais, sur l'appel, la Cour de Poitiers infirme la décision des premiers juges (1097), et cet arrêt fut confirmé par la Chambre des requêtes (1098). On faisait remarquer à la Cour que les Polonais, nés sujets russes, qui avaient pris part aux révolutions de leur pays, étaient frappés de mort civile par les lois de l'empire de Russie, et que les parties devaient pouvoir trouver des juges quelque part ; mais cette objec-

(1095) V. Metz, 26 juil. 1865; S., 66, 2, 237. — Req. rej., 16 avril 1878; *J. dr. int.*, 1878, p. 506.

(1096) V. un arrêt de la Cour d'Aix, du 3 juil. 1873; *J. dr. int.*, 1875, p. 273.

(1097) 15 juin 1847; S., 48, 2, 438.

(1098) 16 mai 1849; S., 49, 1, 478.

tion n'était pas, paraît-il, de nature à embarrasser la Cour suprême. Si des mesures de rigueur ont été prises par le Gouvernement russe, ces mesures, dit-elle, tiennent aux rapports qui existent entre les étrangers et leur Gouvernement, et ne peuvent avoir d'influence sur l'application en France des principes en matière de compétence. La conclusion pratique, c'est que les tribunaux français sont incompétents. Voilà où conduit nécessairement le système de la jurisprudence. Ceci revient à dire : Vous êtes étrangers et nous ne vous devons pas la justice ! Quelle est votre situation dans votre pays d'origine ? Pouvez-vous encore vous adresser aux juges de votre patrie ? Cela ne nous regarde pas ; vous n'êtes pas Français et cela suffit, car la justice en France est un avantage que le national seul peut être admis à réclamer !

Ces dangers, auxquels on peut être exposé dans certains cas, justifient encore la nécessité de repousser le principe qui en est la source, pour admettre, comme nous l'avons fait, que le tribunal compétent pour statuer sur les questions d'état est celui du domicile du défendeur.

417. — Quant à la jurisprudence, pour les questions d'état en général, et pour la séparation de corps en particulier, on peut dire qu'elle n'est pas encore parfaitement fixée, puisque nous la voyons, tantôt retenir l'affaire, tantôt se déclarer incompétente, dans des hypothèses qui sembleraient cependant appeler une solution identique. On peut dire toutefois que son principe est toujours celui de l'incompétence, et qu'elle le maintient même plus rigoureusement pour les questions d'état que pour les autres. Les règles suivantes semblent ressortir de l'examen de ses différentes décisions sur ce point :

Les tribunaux français sont compétents pour statuer entre étrangers, même sur les questions qui touchent à l'état des personnes, toutes les fois qu'il s'agit d'étrangers autorisés par le Gouvernement à établir leur domicile en France (art. 13, C. civ.). Nous avons cité plus haut les arrêts qui consacrent cette solution, spécialement en fait de séparation de corps (*V. supra*, n° 389).

Si l'étranger n'a pas été admis à établir son domicile en France, les tribunaux se déclarent généralement incompétents quand le déclinatoire a été proposé (1099). Le tribunal civil de Marseille et la Cour d'Aix ont cependant prononcé la séparation de corps entre époux étrangers, dans des circonstances favorables, il est vrai, bien que le défendeur eût décliné la compétence des tribunaux français (1100).

Il est arrivé, au contraire, que des juges ont refusé de statuer sur la demande, alors même que leur juridiction avait été acceptée par les deux parties, par la raison qu'il s'agissait d'une incompétence d'ordre public, qui ne pouvait être couverte par le consentement des plaideurs (1101). Mais, en général, la jurisprudence semble écarter de plus en plus l'application rigoureuse de son principe, toutes les fois que les deux parties acceptent la juridiction du tribunal français, soit expressément, soit tacitement en ne proposant pas le déclinatoire *in limine litis*. C'est ainsi que nous avons vu la Cour de Caen prononcer l'interdiction d'une femme étrangère (1102). C'est ainsi encore que la Cour de Nancy a confirmé un jugement du tribunal civil de Rocroi, prononçant la séparation de corps entre deux époux étrangers (1103), et le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Chambre des requêtes, sur un long rapport de M. le conseiller Féraud-Giraud (1104).

(1099) Lyon, 25 fév. 1857 ; S., 57, 2, 625 ; confirmé par req. rej., 10 mars 1858 ; S., 58, 1, 529. — Paris, 23 juin 1859 ; S., 60, 2, 261. — Angers, 20 fév. 1861 ; S., 61, 2, 409. — Metz, 26 juil. 1865 ; S., 66, 2, 237. — Alger, 28 avril 1875 ; *J. dr. int.*, 1875, p. 274. — Trib. civ. Seine, 21 janv. 1880 ; *op. cit.*, 1880, p. 194. — 13 avril 1880 ; *op. cit.*, 1880, p. 303.

(1100) Trib. civ. Marseille, 15 fév. 1873 ; confirmé par Aix, 3 juil. 1873 ; *J. dr. int.*, 1875, p. 273. — V. aussi, trib. civ. Lyon, 13 août 1856 ; S., 57, 2, 625. — Trib. civ. Marseille, 23 avril 1875 ; *J. dr. int.*, 1876, p. 185.

(1101) Trib. civ. Seine, 27 avril 1875 ; *eod. op.*, 1876, p. 362.

(1102) 29 janv. 1873 ; *eod. op.*, 1877, p. 143.

(1103) 16 mars 1878 ; S., 78, 2, 200.

(1104) 5 mars 1879 ; S., 79, 1, 208. — V. également, Rouen, 12 mai 1874 ;

418.— Nous avons dit que l'étranger, domicilié en Belgique, était soumis à la juridiction des tribunaux de ce pays, et nous avons vu que la Cour de Bruxelles avait fait application de ce principe en matière de questions d'état, en ce qui concerne spécialement l'interdiction et la nomination d'un conseil judiciaire (V. *suprà*, n^{os} 404 bis et 407 bis).

La Cour de Liège, par un arrêt du 24 avril 1847, s'est également reconnue compétente pour prononcer la séparation de corps entre deux époux français, et cette décision a été confirmée par un arrêt fortement motivé de la Cour de cassation, du 3 août 1848. « C'est sans aucun fondement, dit la Cour suprême, que du chef de la souveraineté, et partant de la juridiction des tribunaux qui en dérive, on voudrait établir une différence entre un Belge et un étranger domicilié en Belgique. Tous deux restent soumis à cette juridiction suivant les distinctions dérivant des principes généraux du droit et des règles de la procédure qui veulent que justice soit rendue à tous ceux qui la réclament, soit à raison du bien situé en Belgique, soit à raison des personnes qui y sont domiciliées, quelle que soit leur nationalité » (1105).

419. — SÉPARATION DE BIENS. — Après avoir parlé des demandes en séparation de corps, nous ajouterons quelques mots en ce qui concerne la compétence des tribunaux français pour statuer sur les demandes en séparation de biens entre époux étrangers.

Ici encore, il faudra reconnaître la compétence de nos juges,

J. dr. int., 1875, p. 356. — Trib. civ. St-Lô, 16 juil. 1880, confirmé par Caen, 16 août 1880 ; *Le Droit*, 6 janv. 1881.

(1105) Ces arrêts sont rapportés par Haus, *op. cit.*, p. 270 et s. Ils sont également analysés par Laurent, *Dr. civ. int.*, t. IV, p. 131 et s.— V. dans le même sens, Bruxelles, 28 mai 1867, analysé par le même auteur, *op. cit.*, p. 134. — Cpr. Bruxelles, 5 mai 1829 et 13 mai 1830, analysés également par Laurent, *op. cit.*, p. 100 et 101. — V. pour la jurisprudence italienne, *infra*, n^o 436.

lorsque les époux seront domiciliés en France. Ils auront d'ailleurs le droit, même en dehors de cette hypothèse, de retenir la connaissance de l'affaire, toutes les fois que les parties consentiront à se soumettre à leur juridiction (1106). Parcourons quelques arrêts de la jurisprudence sur ce point, afin de voir dans quelles circonstances elle s'est déclarée compétente, et d'examiner si ces décisions sont conformes aux règles que nous avons précédemment exposées.

La Cour de Paris s'est déclarée compétente sur une demande en séparation de biens formée par une femme d'origine française, alors d'ailleurs que le mariage avait eu lieu en France et que le mari s'y était établi. « Il est de principe, dit la Cour, que les tribunaux français ont le pouvoir de juger définitivement entre étrangers toute contestation relative aux intérêts pécuniaires » (1107).

La Cour de Metz (1108) s'est, au contraire, déclarée incompétente, dans une espèce où une femme, également française d'origine, demandait la séparation de biens contre son mari qui avait en France une simple résidence et proposait le déclinatoire d'incompétence. D'après cette Cour, il n'y a pas de distinction à établir entre la demande en séparation de corps et la demande en séparation de biens.

420.— Dans cette espèce, comme dans la précédente, la compétence des tribunaux français aurait dû être considérée comme

(1106) Alger, 5 juin 1874 ; Dal., 78, 2, 9.

(1107) 30 mai 1826 ; C. n., 8, 2, 238. La même solution a encore été consacrée par un autre arrêt de la même Cour, du 21 juil. 1818 ; C. n., 5, 2, 405.— Il s'agissait, dans l'espèce, d'une demande en séparation de biens, dirigée contre un mari, français au jour du mariage, et devenu ensuite étranger. Cette solution qui pourra être vraie, nous paraît beaucoup trop absolue, en tant que l'on voudrait en faire une règle générale, fondée sur cette seule considération « que les actes postérieurs n'ont pu changer la condition de la femme, fixée par la législation du temps du mariage. »

(1108) 26 juil. 1865 ; S., 66, 2, 237.

obligatoire (1109), si l'établissement du mari en France pouvait, d'après les circonstances, être regardé comme constituant un véritable domicile; car c'est devant le tribunal du domicile du mari qu'il doit être portée la demande en séparation de biens (1110). En supposant même que les questions d'état, les demandes en séparation de corps, doivent, au point de vue de la compétence, former une classe à part, ainsi que semble l'admettre la jurisprudence, il ne serait pas exact de dire, comme le fait la Cour de Metz, qu'il n'y a aucune distinction à établir entre la demande en séparation de corps et la demande en séparation de biens. Dans ce dernier cas, le juge est appelé à statuer sur des intérêts pécuniaires, et à rendre un jugement ayant pour résultat de modifier des conventions matrimoniales qui auront souvent été passées en France. Le mari, sans doute, par suite de cette modification, n'aura plus, quant aux biens, les mêmes pouvoirs que ceux qu'il avait auparavant; mais la séparation de biens, à la différence de la séparation de corps, laisse subsister les droits et les devoirs respectifs des époux; elle n'a pas pour effet d'anéantir ni même de relâcher le lien qui les unit.

C'est, en effet, en se fondant sur ces considérations, que le tribunal civil de la Seine s'est déclaré compétent pour statuer sur une demande en séparation de biens, intentée par une femme d'origine française. Le contrat avait été passé devant un notaire français, en conformité des prescriptions du Code français, et le mariage avait été célébré en France (1111).

421. — Signalons encore deux arrêts sur cette question, l'un de la Chambre des requêtes, du 7 mars 1870, qui admet la compétence, et l'autre de la Cour de Paris, du 13 mars 1879, par le-

(1109) *Contrà* : Aubry et Rau, t. VIII, § 748 bis, p. 144, n. 35 et 37. — Féraud-Giraud, *J. dr. int.*, 1880, p. 150. — Bioche, *Dict. de procéd. civ. et com.*, V^o *Séparation de biens*, p. 384, nos 12 et 13.

(1110) *Civ. cassat.*, 18 nov. 1835; S., 36, 1, 118.

(1111) 29 juin 1872; *J. dr. int.*, 1874, p. 127.

quel la Cour se déclare incompétente (1112). Dans l'une et l'autre espèce, la femme était française d'origine, le mariage avait été célébré et les conventions faites en France. Cependant, malgré l'apparence de contradiction entre ces deux arrêts, la différence de solution peut se justifier à un double point de vue. Dans l'espèce sur laquelle la Chambre des requêtes avait à statuer, le mari n'avait pas cessé de résider en France et n'avait aucun domicile connu dans un autre pays. Il y avait donc, déjà à ce point de vue, compétence obligatoire des tribunaux français ; mais, de plus, par une clause du contrat, les époux avaient entendu se soumettre aux obligations et profiter des avantages de la loi française, et, bien que l'arrêt ne le dise pas expressément, le juge a pu voir dans cette clause une acceptation tacite de la juridiction française, une sorte d'élection de domicile qui attribuait également compétence aux tribunaux français. Au contraire, dans l'affaire portée devant la Cour de Paris, le mari n'avait en France qu'une résidence accidentelle. Il est vrai que les époux avaient adopté la communauté légale comme base de leurs conventions, mais la Cour n'a pas vu là une preuve suffisante de leur intention de soumettre aux tribunaux français les difficultés relatives à l'exécution de ces conventions, alors surtout que le mari n'avait en France qu'une résidence momentanée, et nous avons vu qu'il appartient toujours aux juges d'apprécier, en fait, si cette intention résulte suffisamment des circonstances et des clauses du contrat. Le déclinatoire avait d'ailleurs été proposé par le défendeur, et la Cour laisse entendre qu'elle aurait pu retenir l'affaire si les deux parties y avaient consenti (1113).

422. — Remarquons, en terminant, que toutes les fois que la femme demanderesse en séparation de biens n'est devenue étrangère que par son mariage avec un étranger, circonstance qui se

(1112) S., 72, 1, 361. — S., 79, 2, 289.

(1113) V. dans le même sens, trib. civ. Seine, 17 janv. 1878; *J. dr. int.*, 1878, p. 370.

rencontrait dans les deux procès dont nous venons de parler, elle ne pourrait invoquer sa nationalité d'origine pour prétendre qu'il s'agit d'une obligation contractée par un étranger envers un Français, qui rentre comme telle dans la compétence des tribunaux français, aux termes de l'article 14 du Code civil. Nous avons vu, en effet, que, pour invoquer le bénéfice de cette disposition, il ne suffit pas d'être Français au jour de la naissance de l'obligation, mais qu'il faut encore avoir conservé cette qualité lors de la demande en justice (V. *suprà*, n° 155).

423. — Nous venons d'exposer quelle est, à notre avis, la véritable règle à suivre pour déterminer la compétence dans les procès concernant l'état des étrangers. Il nous faut encore examiner sur ce point une dernière question : quelle est, en cette matière, la nature de l'incompétence des tribunaux français (1114) ? S'agit-il d'une exception purement personnelle que le défendeur doit opposer *in limine litis*, et que le tribunal n'est pas tenu de soulever d'office ? S'agit-il, au contraire, d'une incompétence qui tient à l'ordre public, *ratione materiæ*, que les parties peuvent faire valoir en tout état de cause et que le juge lui-même a le devoir de prononcer d'office ?

Dans la théorie que nous avons admise sur la compétence, cette question n'est pas de nature à soulever de grandes difficultés. Nous avons dit, en effet, qu'il n'y avait aucune différence à établir, au point de vue de la compétence, entre les contestations ordinaires et celles qui portent spécialement sur les questions d'état. Dans tous les procès entre étrangers, quel qu'en soit l'objet, l'incompétence ne tient pas à la nature même du litige ; elle ne tient pas même, selon nous, à la qualité des parties en cause, et, dès lors, dans tous les cas, elle provient uniquement

(1114) Nous nous plaçons ici en dehors des hypothèses dans lesquelles nous avons reconnu la compétence obligatoire de nos tribunaux ; en d'autres termes, nous supposons que l'étranger défendeur n'a qu'une simple résidence en France et un domicile connu dans un autre pays,

de ce que l'étranger a son domicile hors de France, c'est-à-dire qu'il y a là une incompétence *ratione personæ* que le juge n'est pas tenu de prononcer d'office, à laquelle le défendeur peut renoncer expressément ou tacitement en ne l'opposant pas au début de l'instance, et qu'il n'est plus recevable à faire valoir pour la première fois en cassation, ou même en appel. Il appartient d'ailleurs au juge d'examiner et d'apprécier quand les parties pourront être considérées comme ayant renoncé à opposer l'exception dont il s'agit (1115).

424. — Ici toutefois, nous déciderons encore que, si le tribunal n'a pas le devoir, il a du moins la faculté de se déclarer d'office incompétent. Mais dans quelle mesure devra-t-il user de cette faculté ? Faut-il dire, avec le tribunal de la Seine, « que l'exercice de cette faculté s'impose, lorsqu'il s'agit de prononcer sur l'état des personnes » (1116) ? M. Demangeat nous paraît bien mieux inspiré, quand il dit : « Nous croyons même qu'on peut aller plus loin et que, suivant les cas, les tribunaux français devraient, relativement à des étrangers simplement résidant en France, être plus disposés à retenir la connaissance d'une demande en séparation de corps, que celle de bien des procès ayant trait à des intérêts pécuniaires » (1117).

Quel juge, en effet, sera plus à même que le tribunal français de statuer sur une pareille demande, intentée par une femme peut-être française d'origine, alors que les époux ont en France, si non un domicile, du moins une longue résidence, et que les faits qui donnent lieu à la demande se sont tous accomplis en France (1118) ? C'est là une question de fait, mais enfin, comment les tribunaux français, dans des circonstances aussi favorables qu'on peut le supposer, pourraient-ils refuser de prêter

(1115) Trib. civ. Seine, 21 janv. 1880; *J. dr. int.*, 1880, p. 194.

(1116) 5 mai 1880; *op. cit.*, 1880, p. 299.

(1117) Sur Fœlix, t. 1er, p. 331, n. a, *in fine*.

(1118) Rouen, 12 mai, 1875; S., 77, 2, 105.

leur ministère à ceux qui viennent le réclamer ? Renvoyer les parties devant un juge étranger, ce ne serait pas seulement user jusque dans ses dernières limites d'une faculté qui en droit strict leur appartient, ce serait aussi, croyons-nous, méconnaître le véritable intérêt des époux, dont l'un réclame leur protection et dont l'autre consent à se soumettre à l'autorité de leur décision.

425. — Quelle solution la doctrine et la jurisprudence ont-elles donné à cette question ?

Nous devons tout d'abord signaler, pour l'écarter, un système intermédiaire qui a été admis par M. Dalloz (1119). Selon lui, il ne s'agit pas ici d'un simple déclinatoire qui serait couvert par la seule omission des parties à le faire valoir avant tous autres moyens; mais il ne s'agit pas non plus d'une incompétence d'ordre public, proposable devant toutes les juridictions, et même devant la Cour de cassation. On se trouve en présence d'une exception péremptoire qui a de l'analogie avec celle qui se tire de la prescription. Or, d'après cet auteur, « entre une exception péremptoire de sa nature et celle qui est fondée sur la violation de l'ordre public, la différence est très-grande : l'une ne peut être proposée que devant la juridiction du premier et du second degré ; l'autre peut l'être même en Cour de cassation, parce que le moyen est toujours subsistant, *res perpetuò clamat*, et qu'on opposerait en vain qu'il est possible que les parties aient formellement renoncé ou ne soient pas fondées à faire valoir le moyen. »

Il nous paraît impossible de parler aujourd'hui d'exception péremptoire, pouvant à ce titre être opposée pour la première fois en appel. Nous n'avons plus aujourd'hui que les exceptions péremptoires en la forme ; les exceptions péremptoires quant au fond ont été laissées dans la classe des défenses proprement dites. Il s'agit ici d'une exception, d'un véritable déclinatoire, et

(1119) *Répert.*, V^o *Dr. civ.*, n^o 323. — V. aussi, Duranton, t. II, n^o 583.

l'on ne saurait admettre l'existence d'une sorte d'incompétence mixte dont il n'est pas question dans les articles 168 et suivants du Code de procédure. Le tribunal peut être incompétent à raison de la matière, il peut l'être seulement à raison du domicile du défendeur : il y a une incompétence *ratione materiæ*, et une incompétence *ratione personæ*. Dans laquelle de ces deux classes faut-il faire rentrer celle dont nous parlons ? Pour caractériser une exception il faut remonter à sa cause ; or, nous l'avons dit, le tribunal français est incompétent parce que le domicile de l'étranger défendeur ne se trouve pas dans son ressort, et, dès lors, il s'agit bien d'une incompétence personnelle qui, aux termes de l'article 169, C. pr., doit être proposée au début de l'instance.

S'il résulte de certains arrêts que l'exception peut être proposée pour la première fois en appel, c'est que la jurisprudence a vu assez souvent, en matière de questions d'état, une incompétence d'ordre public qui aurait pu être opposée également en cassation pour la première fois. D'autres arrêts, il est vrai (1120), sans qualifier d'une manière formelle le caractère de l'incompétence, ont fait droit au déclinatoire proposé en appel ; mais il ne faut pas en conclure nécessairement qu'ils ont entendu reconnaître au défendeur le droit de faire valoir l'incompétence pour la première fois en appel. Les Cours qui se sont déclarées incompétentes, ont pu, en effet, entendre reconnaître pour elles, et exercer la même faculté que celle qui appartient aux premiers juges, de refuser de statuer sur la demande, bien plus que consacrer au profit des parties le droit de leur imposer leur volonté, et de proposer le déclinatoire pour la première fois en appel (1121).

426. — Laissant de côté ce système, il ne nous reste plus qu'à

(1120) V. notamment, Paris, 28 avril 1823 ; C. n., 7, 2, 203. — Civ. rej., 30 juin 1823 ; C. n., 7, 1, 278.

(1121) Aubry et Rau, t. VIII, § 748 bis, p. 148 et 149, n. 54 et 55.

indiquer celui qui a été admis par les auteurs et consacré par les tribunaux français.

La jurisprudence, nous l'avons vu, décide que, dans les contestations entre étrangers en général, il ne s'agit que d'une incompétence *ratione personæ* ; mais elle s'est montrée beaucoup plus hésitante en ce qui concerne les questions d'état, et un certain nombre de jugements ou arrêts ont décidé que, dans ces affaires, l'incompétence était d'ordre public, qu'elle pouvait être opposée par les parties en tout état de cause, et que le tribunal lui-même devait, dans le silence des parties, la prononcer d'office. « Les tribunaux français, dit la Cour de Paris, peuvent s'abstenir de juger les contestations qui s'élèvent entre étrangers ; c'est pour eux un devoir, lorsqu'il s'agit de statuer sur une question qui intéresse l'état des personnes..... Dans ces questions d'état, il s'agit d'une incompétence d'ordre public que la volonté de l'étranger ne peut modifier..... » (1122). C'est une incompétence que M. l'avocat général Foucher, devant la Cour de Rennes (1123), qualifiait de *ratione patriæ*, et que M. Lesenne appelle une incompétence *ratione gentium* (1124).

Ce système, toutefois, est loin d'être accepté unanimement, et l'on peut même dire que la solution contraire semble prévaloir aujourd'hui dans la doctrine et dans la jurisprudence. Un certain nombre d'arrêts, et parmi eux des plus récents, ont décidé que le défendeur devait proposer l'exception *in limine litis*, et, loin de reconnaître leur obligation de se déclarer d'office incompé-

(1122) 23 juin 1836; S., 36, 2, 161. — V. également, Paris, 23 avril 1822, sur cassat.; C. n., 7, 1, 162. — 25 nov. 1839; *Rev. pratique*, 1867, t. XXIII, p. 512. — Rennes, 16 mars 1842; S., 42, 2, 211. — Poitiers, 15 juin 1847; S., 48, 2, 438, confirmé par req. rej., 16 mai 1849; S., 49, 1, 478. — Alger, 4 mars 1874; S., 74, 2, 103. — Trib. civ. Seine, 27 avril 1875; *J. dr. int.*, 1876, p. 362.

(1123) S., 42, 2, 211.

(1124) *Rev. pratique*, 1867, t. XXIII, p. 508. — V. dans le même sens, Demolombe, *Du mariage*, t. II, n° 432, p. 537. — Félix, t. I^{er}, n° 158, p. 329. — Massol, *Séparation de corps*, p. 101, n° 6, et 104, n° 7.

tents, nous avons vu que, dans ces dernières années notamment, des tribunaux avaient refusé de faire usage de la faculté de renvoyer les parties devant qui de droit, et avaient retenu la connaissance de l'affaire (1125).

La Cour de Nancy (16 mars 1878) et l'arrêt confirmatif de la Chambre des requêtes (5 mars 1879), admettent également que l'étranger ne peut revenir sur l'acceptation de la juridiction des premiers juges, mais déclarent que c'est là un point certain, sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il s'agit d'une exception personnelle, ou si elle en diffère par sa nature ou par la qualité sur laquelle elle s'appuie (1126).

427. — De ces deux systèmes, nous l'avons dit, le dernier seul nous paraît devoir être admis. Nous ajouterons toutefois que les arrêts qui ont consacré le premier nous semblent beaucoup plus logiques. C'est, en effet, la solution qui découle du principe posé par la jurisprudence et des motifs sur lesquels il est fondé.

Remarquons tout d'abord que, dans son système, les tribunaux français sont incompétents à raison de la qualité des parties, et non à cause de leur domicile hors du ressort du tribunal saisi. C'est bien ce que suppose le tribunal civil de la Seine (1127),

(1125) Bruxelles, 5 mai 1829; Dal., *Répert.*, V^o *Droit civil*, n^o 322. — Req. rej., 4 sept. 1811; C. n., 3, 1, 402. — Req. rej., 27 nov. 1822; C. n., 7, 1, 161. — Metz, 10 juil. 1849; S., 50, 2, 275. — Paris, 23 juin 1859; S., 60, 2, 262. — 13 fév. 1858; S., 58, 2, 72. — Douai, 17 juin 1853, sur cassat.; S., 56, 1, 150. — Req. rej., 15 avril 1861; S., 61, 1, 721. — Caen, 29 janv. 1873; Dal., 76, 2, 224. — Aix, 3 juil. 1873; *J. dr. int.*, 1875, p. 273. — Alger, 28 avril 1875, *op. cit.*, 1875, p. 274. — Paris, 7 mai 1875; *eod. op.*, 1876, p. 270, n^o 10. — Rouen, 12 mai 1875; S., 77, 2, 105. — Trib. civ., Seine, 21 janv. 1880; *J. dr. int.*, 1880, p. 194. — Trib. civ. St-Lô, 16 juil. 1880, confirmé par Caen, 16 août 1880; *Le Droit*, 6 janv. 1881. — V. aussi, trib. civ. Seine, 22 nov. 1881; *Le Droit*, 27 nov. — Cette doctrine est également celle de M. Demangeat, sur Félix, t. I^{er}, p. 331, n. a. — Bonfils, n^o 221, p. 189. — Aubry et Rau, t. VIII, § 748 bis, p. 148, n. 54. — Massé, t. I^{er}, n^o 666, p. 620.

(1126) S., 78, 2, 200. — 79, 1, 208.

(1127) 21 janv. 1880; *J. dr. int.*, 1880, p. 194.

quand il décide que le mari peut encore être recevable à opposer l'incompétence à raison de sa nationalité, bien qu'il ait déjà proposé l'exception tirée de ce que, lors de l'assignation, il avait un autre domicile. « Attendu, dit encore la Cour de Metz, que le principe d'incompétence de la juridiction française, qui tient à la qualité, et non à la résidence de l'étranger, est absolu.... » (1128). Peut-être peut-on comprendre ainsi que des auteurs aient voulu, comme nous l'avons dit, voir là une exception tenant le milieu entre l'exception *ratione personæ* et celle *ratione materiæ*, qui, sans porter atteinte au bien fondé de la demande, doit la faire rejeter *de plano*, et peut être proposée pour la première fois en appel.

Mais il faut aller plus loin et décider que, dans le système de la jurisprudence, il s'agit ici d'une véritable exception d'ordre public. Comme le disait fort bien M. l'avocat général Foucher, devant la Cour de Rennes, « l'incompétence du tribunal est radicale ; elle prend sa source dans un défaut absolu de principe de juridiction ; elle s'applique, non-seulement au tribunal de Guingamp, mais encore à tous les tribunaux français. L'incompétence est *ratione patriæ* ; elle est essentiellement d'ordre public » (1129). Nous adoptons complètement cette manière de voir, en nous plaçant au point de vue du principe contraire au nôtre. Nous ne pouvons que répéter ici ce que nous avons dit, en parlant de la nature de l'incompétence dans les contestations entre étrangers, en général, c'est que les différents motifs allégués par nos tribunaux pour justifier leur principe, sont supérieurs aux intérêts purement privés et sont, en réalité, d'ordre public. L'incompétence qui en est le résultat ne saurait avoir elle-même un autre caractère. On peut même dire que c'est surtout dans la matière des questions d'état que ce caractère devrait lui être reconnu, car c'est là surtout que nous rencontrons une des principales raisons

(1128) 26 juil. 1865; S., 66, 2, 237.

(1129) S., 42, 2, 211.

sur lesquelles repose l'incompétence de nos juges, à savoir le danger de compromettre la dignité de la justice nationale, par suite des erreurs auxquelles le juge serait exposé, s'il était obligé de faire application d'une loi étrangère. « Le renvoi demandé par l'étranger devant les tribunaux de son pays, reposant, dit la Cour de cassation, sur un motif d'ordre public, peut être opposé en tout état de cause » (1130). « Une incompétence de cette nature, dit la Cour d'Alger, n'est personnelle qu'en apparence et, en réalité, on n'en saurait indiquer qui tienne plus essentiellement à la matière » (1131).

Telle est, en effet, la solution qui devrait logiquement être consacrée par tous les tribunaux français. Ici encore, nous pouvons donc constater une contradiction entre les décisions de la jurisprudence et le principe de l'incompétence, justifié par des raisons qui touchent, en réalité, à l'ordre public.

428. — En terminant, nous dirons à nos juges : Fermez, si vous le voulez, la porte aux étrangers et dites-leur que la justice ne leur est pas due en France ; mais alors tirez toutes les conséquences de votre principe et ne donnez pas des solutions contradictoires. Si ces conséquences sont tellement contraires à l'intérêt des parties et aux exigences de la pratique, que vous reculiez vous-mêmes devant elles, voyez alors s'il n'y a pas lieu de modifier votre théorie, et d'adopter un principe plus libéral, à la place d'une doctrine étroite qui conduit à des résultats inadmissibles.

Nous avons essayé de combattre, dans la limite de nos faibles forces, le système, empreint de l'esprit d'un autre âge, d'après lequel la justice ne serait due qu'aux nationaux. Malgré les traces nombreuses qui restent encore de cette doctrine, on peut cependant constater dans la jurisprudence française une tendance à entrer dans une voie plus large et plus juste. Nous avons

(1130) Req. rej., 16 mai 1849; S., 49, 1, 478.

(1131) 4 mars 1874; S., 74, 2, 103.

rencontré, en effet, des décisions judiciaires qui reconnaissent la compétence des tribunaux français dans un grand nombre d'hypothèses; nous avons vu des juges retenir la connaissance des affaires portées devant eux, alors même qu'elles se rattachaient à l'état des personnes. L'ancienne conception que les tribunaux sont exclusivement institués pour les nationaux, fait place peu à peu à l'idée nouvelle, proclamée par le droit international moderne, que la justice est un devoir supérieur qui s'impose aux nations civilisées, à l'égard des étrangers aussi bien qu'à l'égard des nationaux.

Caution judicatum solvi.

429. — Nous avons vu que l'étranger qui se porte demandeur contre un Français (art. 15, C. civ.), est tenu, en vertu des articles 16 C. civ. et 166 C. pr., de donner caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, auxquels il pourra être condamné envers le défendeur, et que l'on appelle : caution *judicatum solvi*. Les difficultés que peut soulever l'interprétation de ces dispositions législatives ont déjà fait l'objet de notre attention (V. *suprà*, n^{os} 38 et s.). Une seule question nous reste à examiner ici : la même obligation pèse-t-elle sur le demandeur étranger, lorsque son action est dirigée contre un adversaire qui appartient également à une nationalité étrangère? n'y a-t-il là qu'une précaution prise contre l'extranéité de la partie demanderesse, de telle sorte qu'elle constitue une charge inhérente à la seule qualité d'étranger et un privilège inséparable de la seule qualité de défendeur? Le législateur n'a-t-il pas voulu, au contraire, assurer seulement aux nationaux des garanties que ne présente pas par lui-même l'étranger qui vient les attaquer, et ne faut-il pas, dès lors, pour avoir droit à ces garanties, qu'à la qualité de défendeur vienne encore se joindre celle de Français?

Remarquons d'abord qu'il ne peut y avoir aucun doute dans l'hypothèse où la contestation est relative au commerce, lorsque

le demandeur possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer le paiement des frais et dommages-intérêts, et, d'une manière générale, dans tous les cas où il serait dispensé, en vertu de la loi, de donner cette garantie même au Français (V. *suprà*, n^{os} 83 et s.).

Il faudrait en dire autant de l'étranger qui aurait été assimilé au Français pour la jouissance des droits civils par un traité diplomatique (art. 11, C. civ.), ou aurait reçu spécialement, en vertu d'une convention de ce genre, le droit de demander la caution *judicatum solvi*, ou aurait été dispensé de l'obligation de la fournir (V. *suprà*, n^{os} 93 et s.).

De même encore, on ne saurait astreindre à cette obligation l'étranger qui a été autorisé à établir son domicile en France (art. 13); car il est alors assimilé au Français, quant à la jouissance des droits civils, tant qu'il continue de résider en France. Réciproquement, ce même étranger, lorsqu'il plaide en qualité de défendeur, pourra, comme le Français, exiger de son adversaire qu'il lui fournisse la garantie établie par la loi au profit des nationaux (1132).

(1132) Haus, *Droit privé qui régit les étrangers en Belgique*, n^o 100, p. 257. — Bonfils, n^o 121, p. 110, et n^o 234, p. 198. — Legat, p. 313. — Dal., *Répert.*, V^o *Exceptions*, n^o 28. — Aubry et Rau, t. 1^{er}, § 79, p. 312; t. VIII, § 747 bis, p. 129, n. 15, et p. 131, n. 21. — Demolombe, t. 1^{er}, n^o 266, p. 437. — Boitard, *Procédure civile*, t. 1^{er}, n^o 347, p. 326. — Boncenne, *Procédure civile*, t. III, p. 180. — Carré et Chauveau, Question 701. — Fœlix, t. 1^{er}, n^o 133, p. 293; n^o 135, p. 297. — Duranton, t. 1^{er}, n^o 165. — Demante, t. 1^{er}, n^o 30 bis, III. — Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. 1^{er}, § 60, p. 80, texte et note 17. — Massé, *Dr. com.*, t. II, n^o 741, p. 18. — Laurent, *Principes de dr. civ.*, t. 1^{er}, n^o 458. — Bonnier, *Procédure civile*, n^o 406, p. 154. — Jaccoton, *Rev. de législation*, 1852, t. XLIII, p. 179. — Bruxelles, 1^{er} juil. 1826, rapporté par Merlin, *Questions de droit*, V^o *Cautiion judicatum solvi*, § 1^{er}, n^o 2. — Trib. civ. Seine, 25 mars 1828; *Gazette des trib.* du 29. — Orléans, 26 juin 1828; C., n. 9, 2, 103. — Pau, 3 déc. 1836; S., 37, 2, 363. — Crim. rej., 15 avril 1842; S., 42, 1, 473. — Paris, 2 juil. 1861; S., 61, 2, 614. — Nancy, 14 juin 1876; S., 76, 2, 208. — Trib. correct. Seine, 9 janv. 1880; *J. dr. int.*, 1880, p. 190. — Trib. civ. Seine, 4 janv. 1881; *op. cit.*, 1881, n^o I-II, p. 58.

Nous avons vu, en parlant de l'article 16, C. civ. (V. *suprà*, n° 44), que la situation plus ou moins favorable de l'étranger en France et la concession de certaines facultés qui auraient pu lui être accordées par le Gouvernement, ne sauraient remplacer l'autorisation d'établir son domicile en France, et ne le dispenseraient pas de l'obligation de fournir caution.

430. — Laissant de côté ces différentes hypothèses, nous supposerons maintenant que la question n'a été réglée par aucun traité diplomatique, que l'on ne se trouve dans aucun des cas d'exemption prévus par la loi, et que les étrangers dont il s'agit n'ont pas été autorisés à établir leur domicile en France. Dans de telles conditions, l'étranger défendeur peut-il exiger du demandeur étranger la caution *judicatum solvi* ?

Un premier système enseigne que l'obligation de fournir la caution est une charge imposée à tout demandeur étranger, sans qu'il y ait à s'occuper de la nationalité du défendeur. Le nombre et l'autorité des auteurs qui ont défendu cette doctrine nous font un devoir de reproduire ici dans toute sa force leur argumentation. Voici comment on peut la résumer :

Déjà dans notre ancien droit, on avait prétendu faire une exception à l'obligation de donner caution, dans le cas où deux étrangers plaidaient l'un contre l'autre ; mais, au témoignage de Merlin (1133), le Parlement de Paris, par un arrêt du 23 août 1571, avait jugé que celui des deux qui était demandeur n'en devait pas moins donner caution à l'autre. Dans ses conclusions devant la Cour de cassation, M. l'avocat général Quenault mentionne également un arrêt du même Parlement, du 27 mai 1567, fixant l'usage d'exiger des étrangers, plaissant l'un contre l'autre, l'obligation de se fournir respectivement caution.

« Si ce sont deux étrangers demeurant en France qui plaident l'un contre l'autre, dit Bacquet, et soient respectivement demandeurs, ils seront condamnés bailler respectivement caution l'un

à l'autre de l'évènement du procès et de payer le jugé, tant pour le principal que despens » (1134). Pothier, dans son *Traité des personnes*, dit, en parlant de la caution *judicatum solvi* : « Lorsque deux étrangers plaident ensemble, si le défendeur l'exige du demandeur, il ne peut l'y faire condamner qu'il ne l'offre respectivement de son côté » (1135). Quelques auteurs pensaient même que le défendeur étranger avait le droit de proposer cette exception, sans offrir lui-même la caution (1136).

Aujourd'hui encore, les articles 16, C. civ. et 166, C. pr. imposent cette obligation au demandeur étranger. « L'étranger qui sera demandeur », dit l'article 16; « tous étrangers demandeurs principaux ou intervenants », porte l'article 166. Ces dispositions sont conçues dans les termes les plus généraux, et l'on n'y trouve aucune trace de la distinction que l'on voudrait y introduire; ils assujétissent l'étranger demandeur à cette obligation dans tous les cas, aussi bien en présence d'un autre étranger non autorisé à établir son domicile en France, qu'en présence d'un Français ou d'un étranger qui a obtenu cette autorisation. Est-il donc permis d'établir des distinctions que la loi n'a pas faites, et de substituer sa propre volonté à celle du législateur?

De la circonstance que l'article 16 se trouve placé au titre de la jouissance et de la privation des droits civils, voudrait-on conclure que le droit d'exiger la caution est un droit privilégié qui n'appartient qu'à ceux qui jouissent des droits civils? Cet argument ne serait réellement pas sérieux, car il n'y a aucune corrélation intime entre ces deux idées. L'article 16 devait être placé là où il se trouve, même en admettant l'opinion qui reconnaît à l'étranger défendeur le droit de demander la caution. En effet, après avoir déterminé à quelles conditions l'étranger serait admis

(1134) *Droit d'aubaine*, 2^e partie, chapitre XVI, § 2.

(1135) 1^{re} partie, titre 2, section 2, n° 2. — V. aussi, Félix, t. I^{er}, n° 134, p. 296, n. 1, et les auteurs qu'il cite. — Demangeat, *Condit. des étrang.*, p. 142.

(1136) Félix, *loc. cit.*, n. 2.

à la jouissance des droits civils, le législateur, dans l'article 16, s'attachant uniquement à la circonstance que le demandeur est étranger, pose et résout affirmativement la question de savoir si le droit de se porter demandeur sans caution est aussi un droit civil. Son idée est que l'étranger n'a pas, en principe et en l'absence de tout traité, le droit de se porter demandeur sans fournir cette garantie. C'est donc bien ce droit, et non celui de l'exiger, qui est considéré comme un droit civil par le législateur.

« Mais il y a mieux, dit M. Demangeat, l'argument de M. Félix se réduit à un cercle vicieux. Suivant lui, le droit de plaider en France comme demandeur sans donner caution, ainsi que le droit d'exiger cette caution, sont des droits privilégiés qui n'appartiennent qu'aux Français. Or, quand le demandeur et le défendeur sont étrangers, de toute nécessité, l'un des deux droits dont il s'agit appartiendra à un étranger : lequel des deux ? là est toute la difficulté. Il faudrait dire, dans le système de M. Félix, que la question de savoir si le droit de plaider comme demandeur sans fournir caution est ou n'est pas un droit civil, un privilège exclusivement réservé aux nationaux, que cette question doit être résolue diversement suivant la nationalité du défendeur. En d'autres termes, dans l'opinion que nous repoussons, la libre faculté de se porter demandeur devant un tribunal français n'est pas essentiellement un droit civil. N'est-il pas tout au moins aussi simple, en présence du texte législatif, de dire que la faculté de plaider comme demandeur sans fournir caution est toujours un droit civil, dans le sens de l'article 11, tandis que la faculté d'exiger la caution appartient à tout défendeur, qu'il jouisse ou non de la plénitude des droits civils » (1137) ?

La formule même employée par le législateur vient confirmer cette interprétation. La loi ne dit pas que tout Français défendeur pourra exiger la caution du demandeur étranger ; les articles 16, C. civ. et 166, C. pr. disent, au contraire, que l'étranger sera

(1137) Sur Félix, t. Ier, p. 296, n. a.

tenu, que tout étranger demandeur sera tenu de fournir caution, si le défendeur le requiert.

De tout ce qui précède, il faut conclure que c'est bien le droit de se porter demandeur sans caution qui est accordé comme un droit civil, et que, dès lors, cette garantie peut être exigée par tout défendeur, quelle que soit sa nationalité.

Il est vrai que les rédacteurs du Code n'ont pas édicté de dispositions spéciales sur les procès entre étrangers, et que, par sa liaison avec l'article 15 qui le précède immédiatement, l'article 16 semble ne porter également que sur le cas où l'action est intentée par un étranger contre un Français ; mais, du silence gardé par le Code, on ne saurait conclure que le législateur n'a pas songé au cas d'un procès s'agitant entre deux étrangers. C'est là une assertion purement gratuite que rien ne justifie. En effet, puisqu'il résulte de l'article 3, C. civ. que des immeubles peuvent être possédés par des étrangers, le législateur a dû nécessairement prévoir l'hypothèse où une action en revendication serait intentée contre un étranger par un Français ou par un autre étranger. De même encore, il est reconnu par tous, par ceux-là mêmes qui refusent, en général, aux étrangers le bénéfice de la justice française, que les lois de police et de sûreté obligeant tous ceux qui habitent le territoire, il en résulte qu'un étranger peut être traduit devant un tribunal de répression, et tenu de répondre à la demande d'un autre étranger qui se porte partie civile. Ces exemples suffisent pour prouver que l'on émet une affirmation sans fondement, quand on prétend que les rédacteurs de l'article 16 n'ont entendu parler que de l'action intentée par un étranger contre un Français. Puisque les termes mêmes de cette disposition, par leur généralité, ne s'opposent pas à ce qu'elle soit ainsi entendue, il faut, en se reportant aux motifs qui l'ont fait édicter, obliger le demandeur étranger à fournir caution.

Sans cela, en effet, le défendeur, français ou étranger, n'aurait aucune garantie pour le paiement des frais et des dommages-

intérêts qu'il pourra obtenir contre son adversaire. Les articles 16, C. civ. et 166, C. pr. n'ont pas pour but de créer un privilège au profit du défendeur français, mais bien de prendre une précaution contre le demandeur étranger, à cause du peu de garanties qu'il présente et de la facilité qu'il aurait à disparaître pour éviter de satisfaire à cette condamnation ; or, cette sûreté est tout aussi nécessaire au défendeur étranger qu'au défendeur français. Les mêmes inconvénients n'existent-ils pas pour l'un comme pour l'autre, et le premier n'aura-t-il pas à subir les mêmes lenteurs, à supporter les mêmes frais que le second ? Ne sera-t-il pas exposé aux mêmes difficultés pour faire exécuter le jugement à l'étranger, alors surtout qu'il sera d'une nationalité différente de celle de son adversaire ?

Dira-t-on que le Français offre des garanties de solvabilité et de stabilité que ne présente pas l'étranger, et que la caution a pour but de faire disparaître cette inégalité de condition, tandis que deux étrangers qui plaident l'un contre l'autre se trouvent dans une situation absolument semblable, de telle sorte qu'on ne pourrait, sans créer une véritable inégalité, établir au profit de l'un une faveur que l'on n'accorderait pas également à l'autre (1138) ? Ce serait créer une présomption qui n'est attachée par aucune loi à la qualité de Français. Cette présomption conduirait d'ailleurs à décider que le Français qui se porte demandeur contre un étranger, pourrait exiger que le défendeur fournisse caution. Or, c'est là une conséquence devant laquelle la Cour de cassation reculerait elle-même. Il n'est pas non plus exact de prétendre que deux plaideurs étrangers se trouvent, vis-à-vis l'un de l'autre, dans une situation absolument semblable ; car on a toujours le droit de répondre à l'attaque dirigée par un adversaire, et il serait vraiment inique de n'admettre un homme, poursuivi en justice, à faire valoir ses moyens de défense, qu'autant qu'il aurait fourni la caution *judicatum solvi*. On ne crée

.(1138) Crim. rej., 15 avril 1842 ; S., 42, i, 473.

donc pas une inégalité entre les deux plaideurs, ou du moins la faveur que l'on accorde à l'un, sans l'accorder également à l'autre, se justifie par la différence qui existe entre la situation du demandeur et celle du défendeur. Tout défendeur peut donc dire à son adversaire étranger : « Le droit dont vous vous prévalez contre moi doit être renfermé dans ses limites légales ; la garantie établie par la loi contre l'abus de ce droit est commune à tous ; vous ne pouvez m'attaquer qu'autant que ma défense ne sera pas vaine, et, soit que je comparaisse devant un tribunal français comme contraint, soit que je m'y présente volontairement, il m'appartient, dans le premier cas, de réclamer toutes les garanties d'une justice dont je ne suis pas libre de m'affranchir, et, dans le second cas, je suis présumé n'avoir accepté la juridiction française qu'en considération des avantages qu'elle assure à ses justiciables. »

La garantie du paiement des frais et dommages-intérêts qui doit être accordée à tout défendeur, n'est d'ailleurs pas le seul but que la loi a voulu atteindre. « Le législateur, dit la Cour de Paris (1139), a eu en vue un intérêt plus élevé, celui de la dignité du pouvoir judiciaire national, lequel ne doit pas condamner en vain des étrangers qui pourraient se jouer de sa décision » (1140).

431. — Nous sommes loin de méconnaître la force que cette

(1139) 30 juil. 1834 ; S., 34, 2, 434.

(1140) V. en faveur de cette doctrine, Bonfils, n° 237, p. 200 et suiv. — Demangeat, *Condit. des étrang.*, p. 400 ; et sur Fœlix, t. I^{er}, p. 296, n. a. — Merlin, *Répert.*, V° *Caution judicatum solvi*, § 1^{er}, n° 7. — Delvincourt, édit. 1824, t. I^{er}, *Notes*, p. 30. — Boncenne, t. III, p. 183 et suiv. — Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, sur l'article 166, Question 702. — Boitard, *op. cit.*, t. I^{er}, n° 346, p. 325. — Valette, sur Proudhon, t. I^{er}, p. 157. — Demante, t. I^{er}, n° 30 bis II, p. 88. — Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. I^{er}, § 60, p. 79. — Duvergier, sur Toullier, t. I^{er}, p. 186, n° 1. — Faustin-Hélie, *Instruct. crim.*, t. I^{er}, n° 550, p. 659. — Bruxelles, 11 janv. 1828 ; Dal., *Répert.*, V° *Exceptions*, t. XXIII, p. 75, n. 4, 1^{re} espèce. — 15 mai 1841 ; Dal., *loc. cit.*, p. 76, n. 1. — Paris, 28 mars 1832 ; S., 32, 2, 388. — 30 juil. 1834, cité à la note précédente.

argumentation peut avoir, et le nombre des auteurs qui l'ont fait valoir témoigne suffisamment de sa valeur juridique. Nous croyons néanmoins devoir la combattre et nous allons rapidement exposer les motifs qui nous ont déterminé à défendre le système opposé. On y trouvera, en même temps que des preuves à l'appui de notre opinion, la réfutation des principaux arguments invoqués par nos adversaires.

Il est vrai que, dans notre ancien droit, le demandeur étranger était tenu de donner la caution au défendeur également étranger; mais il était généralement admis que le défendeur ne pouvait l'exiger, sans offrir de la donner respectivement. Il faudrait donc, si l'on prétendait que les règles de notre ancien droit sur ce point ont été maintenues, admettre qu'aujourd'hui encore, comme au temps de Pothier, l'obligation de donner caution est réciproque entre les parties, et qu'ainsi cette garantie peut être demandée à la fois par chacune d'elles contre l'autre. Or, personne n'oserait aller jusque là, en présence du texte formel des articles 16, C. civ. et 166, C. pr., qui ne font peser cette charge que sur le demandeur. Il paraît donc impossible d'invoquer l'autorité de l'ancien droit, pour permettre au défendeur étranger d'exiger cette garantie, alors qu'il ne peut plus être tenu aujourd'hui de l'accomplissement de la condition sans laquelle il ne pouvait la demander à cette époque. Dans son rapport à la Cour de cassation, lors de l'arrêt du 15 avril 1842 (1141), M. le conseiller Rocher constate que l'arrêt du Parlement de Paris, du 23 août 1571, est le seul qui ait condamné celui des deux plaideurs qui était demandeur à fournir caution à l'autre.

Il importe d'ailleurs de remarquer que, dans notre ancien droit, la caution *judicatum solvi* n'avait pas exactement le même caractère qu'aujourd'hui. L'obligation de la fournir était motivée, non pas seulement par l'intérêt des particuliers, mais encore par un certain intérêt public, celui de la magistrature à laquelle

étaient dus des épices et autres frais. En parlant de la caution, Bourjon disait : « L'étranger ne peut plaider qu'il ne donne caution qu'il se soumet de payer le jugé; autrement, il pourrait impunément troubler les sujets du roi, seconde incapacité que sa qualité produit, et pour laquelle notre jurisprudence a conservé l'intérêt des particuliers, comme elle a conservé les intérêts du roi » (1142). Sous le Code civil, cet intérêt a disparu et n'a pu être pris en considération par le législateur, qui n'a vu dans la caution qu'une mesure d'intérêt privé à laquelle l'intéressé peut renoncer, et qu'il doit réclamer avant toute exception (art. 166, C. pr.). Nos adversaires ne sont donc pas autorisés à invoquer les errements de l'ancienne jurisprudence.

Quoi qu'il en soit d'ailleurs de la pratique suivie dans notre ancien droit, il nous paraît impossible, en présence de l'intention du législateur clairement manifestée dans les travaux préparatoires, de soumettre encore aujourd'hui le demandeur étranger à l'obligation de donner caution, même au défendeur étranger. Dans la séance du Conseil d'Etat du 6 thermidor an IX, lors de la discussion sur l'article 8 de la première rédaction du projet (aujourd'hui l'article 14), Cambacérès dit que, si l'on veut maintenir la caution *judicatum solvi*, il est nécessaire de s'en expliquer formellement. Le ministre de la justice répond que cette caution est indispensable, qu'elle est la garantie du *citoyen* qui plaide contre un étranger. M. Tronchet fait observer que les dispositions qui la concernent trouveront leur place dans le Code de procédure civile. Mais Cambacérès répond qu'il y aurait du danger pour les *Français* de remettre à un temps plus éloigné le soin de leur donner les sûretés résultant de la caution *judicatum solvi* (1143). Cette discussion, dans laquelle fut adopté le principe de la caution, fut close par l'observation de M. Tronchet,

(1142) *Droit commun de la France*, t. 1^{er}, tit. VII, chap. 1^{er}, sect. 1^{re}, n° 4; cité par Haus, *op. cit.*, p. 264.

(1143) Locré, t. II, p. 43.

que la loi ne statuait que sur la manière de décider les contestations entre un Français et un étranger, et ne s'occupait pas des procès entre étrangers. C'est également à propos des actions intentées par un étranger contre un Français, que M. Boulay cherchait à justifier la caution dans son exposé des motifs (1144).

On ne fait donc pas, comme le prétend M. Demangeat, une assertion purement gratuite et que rien ne justifie, quand on affirme que les rédacteurs du Code n'ont pas entendu prévoir le cas d'un procès s'agitant entre deux étrangers. Sans doute, des contestations de ce genre peuvent s'élever devant les tribunaux français, pour ceux-là mêmes qui posent en principe l'incompétence de nos tribunaux à l'égard des étrangers ; mais vouloir en conclure que les rédacteurs de l'article 16 ont entendu comprendre dans cette disposition ces différentes hypothèses, aussi bien que celle d'un procès entre Français et étrangers, ce serait alors véritablement une assertion purement gratuite et dénuée de tout fondement, en présence de la discussion que nous venons de rapporter et d'où il résulte clairement que la caution a été considérée comme une garantie établie au profit des nationaux, comme un privilège spécial créé au profit du Français défendeur.

Et cette intention du législateur n'apparaît pas avec moins d'évidence, si l'on considère l'article 16 dans sa liaison avec ceux qui le précèdent. Raisonçons, en effet, non pas en cherchant dans ce texte ce qui n'y est pas et ce que l'on voudrait y voir ; mais en considérant son sens droit, celui qui se présente le premier à l'esprit, quand on lit cet article après avoir parcouru ceux qui le précèdent immédiatement. Eh bien ! n'est-il pas vrai que le législateur a toujours considéré l'hypothèse de Français en présence d'étrangers, et qu'il n'est pas dit un seul mot du cas où deux étrangers plaident l'un contre l'autre ? Dans l'article 14 il suppose que le Français se porte demandeur contre un étranger et il lui permet de le citer devant les tribunaux français.

(1144) Loaré, *loc. cit.*, p. 225 et 226.

Dans l'article 15 il reconnaît à l'étranger la faculté de traduire son débiteur français devant les tribunaux de France. Mais, prévoyant toujours pour les nationaux, il soupçonne une fraude possible, et aussitôt il prend une précaution salutaire, en obligeant le demandeur à fournir une caution au Français défendeur. N'est-ce pas là le sens de cet article, interprété par les articles 14 et 15 ? Pourquoi donc vouloir appliquer l'article 16 aux contestations entre deux étrangers, alors que, dans les dispositions qui le précèdent, il n'est pas question de l'hypothèse qu'on veut lui faire régir ?

Et que devient dès lors l'argument fondé sur la généralité des termes dans lesquels ont été conçus les articles 16, C. civ., 166 et 167, C. pr., qui n'en sont que l'application et le développement ? Comment donc soutenir encore que c'est le droit de se porter demandeur sans caution que la loi a entendu réserver aux Français, et nullement celui de réclamer cette garantie ? C'est là résoudre la question par la question elle-même, puisqu'il s'agit précisément de savoir lequel de ces deux droits a été réservé aux Français. Or, nous le répétons, l'article 16 n'a pu avoir en vue que l'hypothèse régie par les dispositions précédentes, et non une situation différente et plus générale dont tout le monde s'accorde, sous d'autres rapports, à constater l'omission de la part du législateur.

Sans doute, le Français demandeur ne sera pas tenu de fournir la caution ; mais ce n'est là que la conséquence de la disposition par laquelle le législateur ne reconnaît au Français défendeur le droit de l'exiger, qu'autant qu'il se trouve en face d'un adversaire étranger. Sans doute encore, le demandeur étranger sera ou ne sera pas tenu de fournir cette garantie, selon que le défendeur sera français ou étranger ; mais il ne faut pas en conclure, comme le fait M. Demangeat, que, pour nous, la question de savoir si le droit de se porter demandeur sans fournir caution est ou non un droit civil, doit être résolue diversement selon la nationalité du défendeur. En effet, si le demandeur étranger doit

donner la caution au défendeur français, ce n'est là que la conséquence du droit de l'exiger qui existe chez l'autre partie, et s'il en est dispensé en présence d'un défendeur étranger, c'est qu'il n'existe chez ce dernier aucun droit de l'exiger, et qu'il ne saurait y avoir une obligation là où il n'y a aucun droit corrélatif. Cette différence de solution dans les deux hypothèses ne provient donc pas d'une différence dans la nature même du droit du demandeur, selon que l'on se trouve dans l'un ou l'autre de ces deux cas, mais uniquement de l'existence ou de la non existence, au profit du défendeur, d'un droit qui a pour conséquence et auquel correspond l'existence ou la non existence d'une obligation à la charge du demandeur.

Il nous paraît donc démontré, tant par le rapprochement de l'article 16 et des dispositions qui le précèdent, que par la discussion qui eut lieu au Conseil d'Etat, que l'intention du législateur a été d'accorder le bénéfice de la caution aux Français et aux Français seuls.

M. Bonfils (1145) reconnaît que cette disposition semble, en effet, ne porter que sur le cas où l'action est intentée par un étranger contre un Français; mais il ajoute qu'il faut, en se reportant aux motifs de l'article 16, accorder au défendeur étranger la même garantie qu'au Français, pour le paiement des frais et dommages-intérêts.

On pourrait d'abord répondre, comme l'a fait la Cour de Nancy (1146), qu'un intérêt matériel ne suffit pas, qu'il faut encore réunir les conditions exigées par la loi, et que la caution a sa cause dans un ordre d'idées supérieur aux intérêts matériels, puisqu'il a été déclaré que c'était une sûreté accordée au Français, une garantie donnée au citoyen qui plaide contre un étranger. D'ailleurs, est-il vrai de dire que le défendeur étranger se trouve placé dans une situation semblable à celle du Français, et que le dan-

(1145) N° 237, p. 201.

(1146) 14 juin 1876; S., 76, 2, 208.

ger à prévenir étant le même, la même garantie doit être accordée à l'un et à l'autre ? Nous ne prétendons pas, sans doute, attacher à la qualité de Français une présomption de solvabilité que la loi n'a établie nulle part ; mais enfin, n'est-il pas vrai que l'étranger pourrait venir troubler des Français dans leur pays, et les mettre ensuite dans la nécessité de s'adresser à un juge étranger pour obtenir, dans un lieu peut-être fort éloigné, le paiement des frais et dommages-intérêts résultant d'une poursuite engagée témérairement ou peut-être de mauvaise foi ? N'est-il pas vrai, d'autre part, que le Français est attaché au sol de sa patrie par des liens de toute nature, et que, dans la plupart des cas, le demandeur étranger qui obtiendra gain de cause, pourra facilement faire exécuter la condamnation en France où se trouve le centre des intérêts et de la fortune de son adversaire ? N'y avait-il pas, dès lors, en même temps qu'une protection à donner au Français, une sorte d'inégalité à faire disparaître, en accordant aux nationaux des garanties que ne présente pas par lui-même le demandeur étranger ? Au contraire, quand les deux plaideurs sont étrangers, ils se trouvent, en thèse générale, dans la même situation l'un vis-à-vis de l'autre, et l'on ne comprendrait pas comment la loi aurait établi entre eux une inégalité arbitraire, en créant, au profit de l'un d'eux, des sûretés qu'il ne présente pas lui-même à son adversaire. Et voilà bien pourquoi la plupart de nos anciens auteurs, et particulièrement Pothier, concluaient fort logiquement que, quand deux étrangers plaidaient l'un contre l'autre, le défendeur ne pouvait exiger la caution *judicatum solvi* du demandeur, s'il ne l'offrait respectivement de son côté.

« Le demandeur étranger, dit M. Bonfils, était libre de porter son action devant les tribunaux étrangers. Peut-on dire que l'étranger défendeur est libre de ne pas se défendre ? Non, les juges le condamneraient par défaut. Il n'y a donc pas égalité de situation entre le demandeur et le défendeur » (1147).

Ces deux propositions ainsi formulées sont beaucoup trop absolues. D'une part, en effet, il se peut qu'en fait et d'après les circonstances, le demandeur n'ait pas eu réellement toute liberté de porter son action devant les tribunaux français ou devant les tribunaux étrangers. Il se peut même qu'en droit, le tribunal français ait été le seul compétent pour statuer sur la contestation, comme dans l'hypothèse où elle a pour objet un immeuble situé en France. D'autre part, en dehors des cas où nos tribunaux sont obligés de juger, la jurisprudence reconnaît au défendeur étranger le droit de demander son renvoi devant ses juges naturels, ou d'accepter volontairement la juridiction française, soit d'une manière expresse, soit d'une manière tacite, en ne proposant pas, par exemple, le déclinatoire d'incompétence *in limine litis*. Peu importe d'ailleurs que le défendeur agisse contraint et forcé, ou qu'il se soumette volontairement à la juridiction française ; il reste toujours vrai que, s'il vient à être condamné, le demandeur n'aura pas plus de garanties pour l'exécution de la condamnation, qu'il n'en présente lui-même à son adversaire pour l'hypothèse contraire. La différence de situation résultant de la qualité de demandeur d'une part, et de celle de défendeur d'autre part, ne saurait justifier à elle seule l'application d'une mesure aussi rigoureuse que celle de la caution.

Sans doute, la défense est de droit naturel, et il serait aussi contraire à l'équité qu'au texte de nos lois d'obliger le défendeur à fournir caution pour être admis à proposer en justice ses moyens de défense ; mais il nous semble que, si le droit naturel veut que l'on puisse se défendre contre une attaque, il veut aussi que le créancier puisse faire valoir ses prétentions en justice contre un débiteur récalcitrant ou de mauvaise foi. En tous cas, le défendeur ne saurait entraver la poursuite du demandeur, en dehors des conditions sous lesquelles la loi lui a permis de restreindre le libre exercice de ce droit. D'ailleurs, s'il est vrai de dire que la sollicitude du législateur doit être éveillée plutôt en faveur de celui qui joue le rôle de défendeur, cette raison perd

toute sa force quand il s'agit d'un étranger qui se porte partie civile accessoirement à la poursuite exercée par le ministère public devant les tribunaux de répression. On ne peut plus voir ici un individu troublé dans son repos et menacé dans sa fortune par une action principale, qui a son principe dans un intérêt privé et qui est suspecte de précipitation, d'aveuglement ou de mauvaise foi. C'est un prévenu qui subit les conséquences de la situation que lui ont faite les indices de culpabilité relevés contre lui. L'obligation de fournir caution ne peut donc s'expliquer, comme règle générale applicable à tous les cas, par la seule faveur à accorder à la défense, indépendamment de l'intérêt des nationaux.

De tout ce qui précède, nous pouvons conclure que l'on ne saurait assimiler la situation du Français et celle de l'étranger défendeur, et que dans les contestations entre étrangers, ce serait créer une véritable inégalité que d'exiger de l'un d'eux, au profit de l'autre, une garantie que celui-ci ne présente pas lui-même à son adversaire.

Nous allons plus loin encore, et fût-il vrai de dire que la position de l'étranger défendeur est de tous points identique à celle du Français défendeur, nous croirions encore devoir refuser au premier le droit d'exiger la caution. En effet, il nous paraît impossible de soutenir que la seule qualité de défendeur entraîne nécessairement avec elle le droit d'exiger d'un adversaire qui se présente en justice, une sûreté destinée à assurer le paiement des frais et l'exécution des condamnations éventuelles. Ce droit est une création de la loi positive, ce n'est pas une règle qui trouve son origine dans un de ces principes de droit naturel antérieurs à tous les Codes. Or, un privilège de cette nature, qui a pour résultat d'entraver la liberté d'agir en justice, ne saurait, à notre avis, être accordé à un étranger sans qu'on puisse faire résulter d'un texte de loi l'intention certaine du législateur de le lui accorder.

Pour justifier l'extension de ce privilège aux étrangers, la Cour de Paris, nous l'avons dit, a prétendu que le législateur, en

établissant la caution, avait eu en vue un intérêt plus élevé que l'intérêt privé des plaideurs : il n'a pas voulu que la justice française intervînt dans un débat dont le résultat dérisoire aurait pour effet de compromettre son autorité, qui ne saurait être respectée qu'autant que ses décisions seront exécutées.

Cette considération, qui suppose l'ordre public intéressé dans la question, perd toute sa valeur en face de l'article 166, C. pr., qui n'astreint le demandeur à donner caution qu'autant que le défendeur le requiert avant toute exception. Il en résulte évidemment que la règle de l'article 16 a un caractère purement privé ; car, s'il s'agissait de pourvoir aux intérêts de l'ordre public, de garantir la dignité de la justice nationale, les juges ne seraient-ils pas autorisés à y pourvoir d'office, sans attendre la réquisition du défendeur ? Comment comprendre qu'il puisse renoncer à ce droit, qu'il soit même présumé y avoir renoncé quand il ne l'a pas fait valoir *in limine litis*, et qu'un intérêt d'un ordre si élevé dépende ainsi du fait d'un plaideur, qui, selon qu'il voudra ou non profiter d'un bénéfice établi par la loi, pourra sauvegarder ou compromettre le respect dû à l'autorité du juge !

432. — Pour résumer cette longue discussion, nous dirons : Le législateur français n'a pas voulu statuer sur le cas d'un procès entre deux étrangers, et des travaux préparatoires, aussi bien que de la place occupée par l'article 16, il résulte qu'il a entendu faire de la caution une garantie accordée aux nationaux, un privilège réservé aux Français. Est-il permis, en l'absence d'un texte, d'accorder la même faveur au défendeur étranger ? Non, car l'ordre public n'est pas intéressé dans la question et il est impossible de voir entre la position du Français défendeur et celle de l'étranger défendeur une telle similitude, qu'elle puisse justifier l'application d'une mesure aussi rigoureuse que celle de la caution *judicatum solvi*. Il y a d'ailleurs dans ce privilège une création de la loi positive, dont le bénéfice ne saurait appartenir de plein droit aux étrangers (1148).

(1148) Aubry et Rau, t. VIII, § 747 *bis*, p. 131, n. 22. — Duranton, t. 1^{er},

433. — Nous avons vu que la Cour de Paris, par des arrêts de 1832 et 1834, s'était prononcée contre cette doctrine. La question s'éleva de nouveau, en 1842, sur la poursuite dirigée contre Raphaël Picola, Espagnol, prévenu d'abus de confiance au préjudice des généraux espagnols Cabrera et Polo-y-Munos qui s'étaient portés parties civiles. La difficulté fut examinée et discutée sous toutes ses faces dans un long rapport de M. le conseiller Rocher, et dans les conclusions de M. l'avocat général Quenault. Conformément à ses conclusions, la Chambre criminelle de la Cour de cassation déclara que l'étranger n'avait pas droit au bénéfice de la caution *judicatum solvi* (1149).

Depuis cette époque, la jurisprudence semble définitivement fixée dans le sens de la solution que nous avons adoptée (1150).

434. — Au témoignage de M. Haus, un grand nombre de jugements ou d'arrêts belges sont d'accord avec la jurisprudence française pour décider que la caution ne peut être exigée par un étranger défendeur d'un étranger demandeur, alors que le défen-

n° 166. — Demolombe, t. 1^{er}, n° 255. — Laurent, *Principes de droit civil*, t. 1^{er}, n° 450. — Taulier, t. 1^{er}, p. 119. — Marcadé, sur l'article 16, t. 1^{er} p. 111. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 1^{er}, § 60, p. 79, n. 14. — Massé, *Dr. com.*, t. II, n° 741, p. 18. — Dal., *Répert.*, V° *Instruct. crim.*, n° 90, et V° *Exceptions*, n° 29. — Fœlix, t. 1^{er}, n° 134, p. 294. — Legat, p. 313. — Sapey, p. 219. — Bonnier, *Procédure civile*, n° 407, p. 155. — Colmet-Daage, sur Boitard, t. 1^{er}, n° 346, p. 325. — Ponsot, *Du cautionnement*, n° 396, p. 492. — Jaccoton, *Rev. de législation*, 1852, t. XLIII, p. 199. — Haus, *op. cit.*, n° 103, p. 262 et suiv., et n° 110, p. 282 et suiv.

(1149) Crim. rej., 15 avril 1842; S., 42, 1, 473.

(1150) Orléans, 26 juin 1828; C. n., 9, 2, 102. — Pau, 3 déc. 1836; S., 37, 2, 363. — Paris, 5 fév. 1840; Dal., 40, 2, 80. — Cour de Pondichéry, 2 avril 1853; *J. dr. int.*, 1879, p. 552. — Paris, 12 avril 1856; S., 57, 2, 104. — 2 juil. 1861; S., 61, 2, 614. — Trib. civ. Seine, 26 juil. 1873; *J. dr. int.*, 1875, p. 17. — Trib. civ. Pondichéry, 19 mars 1874; *op. cit.*, 1879, p. 552. — Nancy, 14 juin 1876; S., 76, 2, 208. — 18 mai 1877; *Recueil des arrêts de cette Cour*, 1878, p. 211. — Douai, 28 juin 1877; Dal., 77, 5, 217. — Trib. correct. Seine, 9 janv. 1880; *J. dr. int.*, 1880, p. 190. — Trib. civ. Seine, 4 janv. 1881; *op. cit.*, 1881, n° I-II, p. 58.

deur n'est pas domicilié en Belgique avec l'autorisation du roi.
« Ces décisions, ajoute le même auteur, considèrent le droit de demander cette caution comme un droit civil qui n'appartient qu'aux nationaux et aux étrangers qui sont admis par le roi à fixer leur domicile en Belgique et, par conséquent, à jouir des droits civils, mais nullement à d'autres étrangers, alors même qu'ils sont domiciliés dans ce pays » (1151).

Législations étrangères.

435. — En étudiant les différentes règles d'après lesquelles on doit déterminer la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers, nous avons en même temps fait connaître l'état de la jurisprudence belge avant 1876, c'est-à-dire à une époque où la Belgique n'était régie par aucune loi spéciale sur la matière. Nous avons vu que le silence du Code sur cette importante question avait été, en général, surtout jusqu'en 1870, interprété d'une manière beaucoup plus favorable aux étrangers par les tribunaux belges que par la jurisprudence française.

La nouvelle loi belge sur la procédure, du 25 mars 1876, repose sur ce principe que l'étranger est, en général, placé sur la même ligne que le Belge, au point de vue de l'administration de la justice. Ce principe n'est pas, sans doute, formulé d'une manière expresse, mais il résulte de la loi que nous venons de rappeler et a été formellement proclamé par les rapporteurs des

(1151) N° 110, p. 282 et 283. — V. dans ce sens, trib. civ. Gand, 7 juin 1871; *Rev. dr. int.*, 1872, t. IV, p. 150. — Trib. civ. Anvers, 28 déc. 1878; *J. dr. int.*, 1881, n° I-II, p. 70. — *Contrà* : Bruxelles, 11 janv. 1828 et 15 mai 1841; Dal., *Répert.*, V^e *Exceptions*, n°s 29 et 30.

commissions (1151 *bis*). « La loi belge, dit M. Allard, range sur la même ligne les étrangers et les Belges. » Dans son rapport à la Chambre des Représentants, M. Dupont dit également : « Le principe qu'il faut admettre et que l'on a appliqué dans l'article 52, c'est que l'étranger peut être poursuivi en Belgique, non-seulement quand il y est domicilié, mais encore chaque fois qu'un Belge peut être, à raison de circonstances spéciales, distrait de son juge naturel » (1152).

Aux termes de l'article 52, les étrangers peuvent être assignés devant les tribunaux du royaume dans les cas suivants (1153) :

1° En matière immobilière.

Ce n'est que l'application du droit commun établi par l'article 46 de la même loi. Nous avons dit que le tribunal français de la situation était aussi compétent sans qu'il y ait à examiner la nationalité du possesseur ou du propriétaire (V. *suprà*, n° 271).

2° S'ils ont en Belgique un domicile ou une résidence, ou s'ils y ont fait élection de domicile.

Nous avons admis que, dans le silence du Code civil, on pouvait et on devait décider que l'étranger, actionné par un autre étranger, est justiciable du tribunal français de son domicile, et qu'à défaut de domicile connu la résidence doit en tenir lieu. Nous avons également établi la compétence du juge du domicile élu (V. *suprà*, n°s 305, 309 et 314). Ce n'est là que l'application faite à l'étranger, en Belgique, du droit commun tel qu'il est consacré par les articles 39 et 43 de la loi de 1876.

C'est par application de l'article 52, n° 2, que la Cour de Liège a décidé que les tribunaux belges sont compétents pour pro-

(1151 *bis*) V. sur la nouvelle loi belge de 1876, Laurent, *J. dr. int.*, 1877, p. 496 et suiv., et *Dr. civ. int.*, t. IV, p. 16 et suiv.

(1152) *J. dr. int.*, 1877, p. 503 et 506.

(1153) *Annuaire de législat. étrang.*, 1877, t. VI, p. 476. — V. pour les règles relatives à la signification des assignations destinées aux étrangers, *suprà*, n° 257, et pour l'immunité de juridiction dont jouissent certains étrangers, n°s 170, et 171 note 431 *bis*.

noncer l'interdiction d'un étranger domicilié ou résidant en Belgique (1154). Le motif de cette décision, c'est que l'article 52 ne distingue pas entre les demandes relatives aux biens et celles qui concernent l'état et la capacité de la personne. De ce motif il résulte que la même solution devrait être admise dans toutes les autres contestations portant sur l'état et la capacité, toutes les fois que le défendeur est domicilié ou résidant en Belgique (1155).

3° Si l'obligation qui sert de base à la demande est née, a été ou doit être exécutée en Belgique (1155 *bis*).

Cette disposition n'est encore que l'application aux étrangers de la règle générale écrite dans l'article 42 de la nouvelle loi belge. Ce texte généralise et développe une disposition qui, dans le Code de 1806, n'était applicable qu'en matière commerciale. « Il n'existe pas de motif, disait M. Allard dans son rapport, pour traiter plus favorablement les matières commerciales que les matières civiles. Ce qui est bon dans celles-là est précieux dans toutes. La célérité est impérieusement commandée par l'intérêt des justiciables ». On n'a vu d'ailleurs aucune raison d'établir une différence entre le cas où l'obligation n'a pas encore été exécutée et celui où elle l'a déjà été. La compétence du tribunal subsistera donc toutes les fois que des difficultés s'élèveront sur l'exécution (1156).

Nous avons vu que le juge français n'est pas nécessairement compétent, en dehors des matières commerciales, par cela seul que le contrat a été passé en France ou que le paiement doit y être fait. Nous avons ajouté, toutefois, que le tribunal ne devait

(1154) 19 juin 1879; *J. dr. int.*, 1881, p. 76.

(1155) V. *suprà*, n° 404 *bis*, 407 *bis*, 418. — Cpr. pour la France, n° 388 et suiv.; pour l'Italie, *infra*, n° 436; pour l'Angleterre, n° 437; pour les Etats-Unis, n° 438; pour la Suisse, n° 443.

(1155 *bis*) Trib. com. Anvers, 19 fév. et 30 mai 1877; *J. dr. int.*, 1878, p. 511.

(1156) *J. dr. int.*, 1877, p. 508.

pas user de la faculté de se déclarer incompétent, lorsque le contrat qui sert de base à la demande a été passé ou doit être exécuté en France. Nous avons vu également que la jurisprudence se fondait sur l'une ou l'autre de ces circonstances pour retenir la connaissance de l'affaire portée devant elle (V. n^{os} 386 et 387).

Remarquons, en passant, la modification apportée par la nouvelle loi belge au point de vue de la classification des actions, qui sont divisées en actions mobilières et immobilières. « Nous admettons cette distinction, disait encore M. Allard, comme pouvant servir à déterminer la compétence, mais nous rejetons comme inutile, à cet égard, la distinction des actions en réelles et personnelles » (1157).

4° Si l'action est relative à une succession ouverte en Belgique.

Nous avons admis également cette règle dans notre droit français et nous avons décidé que le tribunal français du lieu de l'ouverture de la succession était compétent pour statuer sur les actions héréditaires, alors même que la contestation s'engage entre deux étrangers (V. *suprà*, n° 340).

De cette disposition il faut rapprocher l'article 48 de la loi belge, d'après lequel, lorsque la succession est ouverte en pays étranger, les actions héréditaires seront portées devant le tribunal de la situation des immeubles dépendant de cette succession. Si la succession ne comprend pas d'immeubles situés en Belgique, la compétence est réglée par les articles 39 et 53 combinés de la même loi (Cpr. *suprà*, n° 341). Le législateur belge n'a donc pas réalisé le principe de l'unité de juridiction en matière de succession et nous avons admis nous-mêmes que, dans l'état actuel de la législation française, il nous paraissait impossible de l'imposer aux plaideurs en face des articles 14 et 15 du Code civil, alors que l'une des deux parties est française (V. *suprà*, n^{os} 102 et 206).

5° S'il s'agit de demandes en validité ou en main-levée de

(1157) *Op. et loc. cit.*

saisies-arêts, formées dans le royaume, ou de toutes autres mesures provisoires ou conservatoires.

En France, les tribunaux sont certainement compétents pour autoriser une saisie-arrêt, pour prendre des mesures conservatoires et provisoires dans l'intérêt des personnes et des biens qui se trouvent dans les limites du territoire (V. *suprà*, n^{os} 323 et suiv.). Nous voudrions voir établir une règle semblable à celle de la loi belge, en ce qui concerne la demande en validité et en main-levée de la saisie, mais nous avons dit qu'en l'absence d'un texte formel, cette solution ne saurait être admise, du moins dans les procès entre étrangers, en présence de l'article 567 du Code de procédure civile. Nous avons toutefois apporté des exceptions à cette règle pour le cas où la saisie a été opérée en vertu d'un titre exécutoire, ou bien lorsque le juge français se trouve compétent pour statuer sur l'existence de la créance qui sert de fondement à la saisie (V. *suprà*, n^{os} 328 et suiv.).

6° Si la demande est connexe à un procès déjà pendant devant un tribunal belge.

Cette règle a l'avantage d'éviter des décisions contradictoires rendues par des tribunaux différents dans une même affaire (1158).

7° S'il s'agit de faire déclarer exécutoires les décisions judiciaires rendues et les actes authentiques passés en pays étranger.

Ce n'est là que la conséquence du principe qui assimile l'étranger au Belge. Les jugements étrangers ne sont exécutoires en Belgique qu'en vertu d'un nouveau jugement rendu par un tribunal belge. Toutefois, s'il existe un traité de réciprocité entre la Belgique et le pays dans lequel la décision a été rendue, l'examen du juge belge ne doit porter que sur les points indiqués dans l'article 10 de la loi de 1876.

8° S'il s'agit d'une contestation en matière de faillite, quand cette faillite est ouverte en Belgique (V. *suprà*, les notes 893, 907, 911 et 918).

(1158) Trib. com. Anvers, 30 mai 1877; *J. dr. int.*, 1878, p. 511.

En France, rien ne s'oppose à ce que l'unité de juridiction soit admise dans la faillite, même lorsqu'elle est ouverte à l'étranger, car le jugement de faillite étranger doit avoir l'autorité de la chose jugée en France et empêcher désormais toute poursuite individuelle, quelle que soit la nationalité des parties en cause (V. *suprà*, n^{os} 344 et suiv. — V. toutefois, n^o 207).

9^o S'il s'agit d'une demande en garantie ou d'une demande reconventionnelle, quand la demande originaire est pendante devant un tribunal belge (Cpr. *suprà*, n^o 353).

10^o Dans le cas où il y a plusieurs défendeurs dont l'un a en Belgique son domicile ou sa résidence (Cpr. *suprà*, n^o 337).

Ces deux dispositions ne sont encore que l'application du droit commun écrit dans les articles 39, § 2, et 50, et, si l'on exprime ainsi ces règles d'une manière formelle, en ce qui concerne les étrangers, c'est que le législateur belge, comme nous l'avons dit, n'a pas formulé le principe que l'étranger est assimilé au Belge, au point de vue de l'administration de la justice.

L'article 53 de la loi de 1876 est ainsi conçu : « Lorsque les différentes bases indiquées au présent chapitre sont insuffisantes pour déterminer la compétence des tribunaux belges à l'égard des étrangers, le demandeur pourra porter la cause devant le juge du lieu où il a lui-même son domicile ou sa résidence. »

Article 54 : « Dans les cas non prévus à l'article 52 ci-dessus, l'étranger pourra, si ce droit appartient aux Belges dans le pays de cet étranger, décliner la juridiction des tribunaux belges ; mais, à défaut par lui de ce faire dans les premières conclusions, le juge retiendra la cause et y fera droit ».

Nous venons de voir dans quels cas les tribunaux belges sont compétents pour statuer sur la demande dirigée contre un étranger, soit par un Belge, soit par un autre étranger. D'après l'article 53, même en dehors de ces cas, le demandeur peut toujours porter son action devant le tribunal de son domicile ou de sa résidence. C'est là une règle de compétence exceptionnelle qui ne saurait être imposée au défendeur, car le principe : *Actor*

sequitur forum rei reprend son empire, dès que l'on ne se trouve plus dans un des cas énumérés par l'article 52. L'étranger doit donc pouvoir, en pareil cas, décliner la juridiction des tribunaux belges et ce droit lui est, en effet, reconnu par l'article 54 que nous venons de rapporter (1159).

La loi apporte toutefois une restriction à cette faculté, et ne permet à l'étranger de décliner la juridiction belge qu'autant que le Belge lui-même peut décliner la juridiction étrangère; en d'autres termes, ce droit est subordonné à la condition de la réciprocité. Cette restriction fut apportée, d'abord parce qu'on trouvait injuste que le Belge pût être assigné devant des tribunaux étrangers, alors qu'il n'aurait pas le droit d'assigner l'étranger en Belgique. On considérerait également comme impolitique d'admettre une autre solution, car c'eût été désarmer le Gouvernement belge qui n'aurait plus eu rien à offrir au Gouvernement étranger, auquel il demanderait pour les Belges le droit dont les étrangers jouissent en Belgique (1160).

La réciprocité ne doit pas d'ailleurs être nécessairement prouvée par un traité. L'article 54, § 2, ajoute, en effet : « Cette réciprocité sera constatée, soit par des traités conclus entre les deux pays, soit par la production des lois ou actes propres à en établir l'existence ».

(1159) Bruxelles, 18 nov. 1878; *J. dr. int.*, 1881, p. 95. — Trib. d'Anvers; 25 fév. 1879; *J. dr. int.*, 1881, p. 74. — Cpr. *suprà*, n° 370.

(1160) Cette condition de réciprocité fut vivement critiquée lors de la discussion à la Chambre des Représentants. « Si les dispositions de la loi sont justes et rationnelles, disait M. Lelièvre, pourquoi en subordonner l'application au concours des nations étrangères ? La justice demande que l'étranger puisse décliner la compétence de nos tribunaux, s'il n'a ni domicile ni résidence en Belgique ; est-ce que ce droit sera refusé à l'étranger, parce que les autres peuples n'observent pas la justice à l'égard des Belges ? Nous serons donc injustes, parce qu'il plaît à une nation quelconque d'être injuste envers nous, pour mieux dire, envers tout étranger ? » — Ces critiques sont, à notre avis, parfaitement justifiées.—V. aussi, Laurent, *Droit civ. int.*, t. IV, p. 23; et *J. dr. int.*, 1877, p. 510.

Signalons enfin la dernière disposition de cet article, qui dispense l'étranger de se présenter pour proposer le déclinatoire toutes les fois qu'il a le droit de refuser la juridiction du tribunal devant lequel il est assigné. « L'étranger défaillant sera présumé décliner la juridiction des tribunaux belges ».

436. — Nous avons déjà dit, en parlant des actions intentées par un étranger contre un Italien, que l'article 3 du Code civil italien assimile entièrement l'étranger au régnicole pour la jouissance des droits civils (1161). Les règles de compétence sont écrites dans les articles 105 à 107 du Code de procédure, qui se rapportent aussi bien au cas où l'étranger est actionné par un autre étranger qu'à celui où il l'est par un national.

Article 105. — « Les étrangers qui ne résident pas dans le royaume peuvent être assignés devant les juges du royaume, encore qu'ils ne s'y trouvent pas : 1° s'il s'agit d'une action sur biens immobiliers ou mobiliers existant dans le territoire du royaume ; 2° s'il s'agit d'obligations qui proviennent de contrats ou de faits accomplis dans le royaume, ou qui doivent y recevoir leur exécution ; 3° dans tous les autres cas dans lesquels cela peut avoir lieu en vertu de la réciprocité ».

D'après l'article 106, les étrangers peuvent encore être actionnés en Italie pour obligations contractées en pays étranger : s'ils résident dans le royaume, bien qu'ils ne s'y trouvent pas actuellement ; s'ils sont trouvés en Italie quoique n'y résidant pas, pourvu qu'ils soient cités en personne propre.

Article 107. — « Quand l'étranger n'a dans le royaume ni résidence, ni demeure, ni domicile élu, et qu'aucun lieu n'a été déterminé pour l'exécution de l'obligation, l'action personnelle

(1161) V. sur la comparaison du Code italien et du Code français, une dissertation de M. Boissonade, *Rev. pratique*, 1868, t. XXVI, p. 67 et suiv. — V. aussi une dissertation de M. Gide, *Rev. histor. de dr. franc.*, 1866, t. XII, p. 392 et suiv.

ou réelle mobilière est portée devant le juge du lieu où le demandeur a son domicile ou sa résidence » (1162).

Le législateur italien admet ainsi, comme la loi belge de 1876, la compétence du juge du lieu où le contrat a été passé ou doit être exécuté, et il attribue également juridiction aux tribunaux italiens, non-seulement quand l'étranger est domicilié, mais encore simplement résidant en Italie. L'article 106 assimile même à la véritable résidence la simple présence de l'étranger sur le territoire italien, pourvu d'ailleurs que le défendeur soit cité en personne propre.

Quant à la réciprocité dont il est question dans l'article 105, n° 3, elle peut résulter de traités internationaux ou d'une pratique continuellement observée, et nous avons vu, en parlant de l'article 14, la controverse qui s'est élevée entre les Cours de l'Italie, sur le point de savoir si l'application que fait de cet article la jurisprudence française, constituait une pratique suffisamment constante pour autoriser un Italien à citer devant les tribunaux de son pays un Français, même non domicilié ou résidant en Italie, pour une obligation contractée en France (V. *suprà*, n° 258).

Remarquons encore que l'article 107 assimile formellement, au point de vue de la compétence, l'action personnelle et l'action réelle mobilière. Nous avons dit que cette assimilation devait être également admise dans notre droit actuel (V. *suprà*, n° 273).

Le principe que la loi nationale du défunt régit la succession, même immobilière, a reçu, dans l'article 8 des *Dispositions préliminaires* du Code civil italien (1163), la consécration expresse

(1162) Venise, 6 oct. 1876; *J. dr. int.*, 1879, p. 298.

(1163) Le traité de commerce et de navigation, du 8 septembre 1868, entre l'Italie et la régence de Tunis, a donné une sanction diplomatique au principe de droit privé international, consacré par l'article 8 des *Dispositions préliminaires* du Code civil italien (art. 22). On a toutefois réservé la défense de transmettre des immeubles à des étrangers incapables d'en posséder dans la régence de Tunis. V. une dissertation de M. Piétro Esperson, *J. dr. int.*, 1881, n° V-VI, p. 227, n° 30.

et officielle d'un législateur (1164). Mais des difficultés se sont élevées, en ce qui concerne la compétence, sur l'interprétation à donner à l'article 94 du Code de procédure civile. Le législateur, après avoir admis, en principe, la compétence du tribunal de l'ouverture de la succession, ajoute dans la seconde partie de cet article :

« Si la succession est ouverte hors du royaume, les actions en pétition d'hérédité ou en partage doivent être portées devant l'autorité judiciaire du lieu où se trouve la majeure partie des biens à partager, et, à défaut, devant celui du lieu où le défendeur a son domicile ou sa résidence ».

Cette disposition doit sans doute s'appliquer à la succession de l'Italien qui a conservé sa nationalité, tout en étant domicilié à l'étranger. Mais, quand il s'agit de la succession laissée par un étranger, la question se pose de savoir si cet article doit encore recevoir son application. La Cour de cassation de Turin s'est

(1164) Cette disposition doit-elle être appliquée par les tribunaux italiens, même à la partie du patrimoine située dans un pays où ce principe n'est pas admis? V. pour la négative, Cour de cassation de Turin, 22 déc. 1870 et 17 juin 1874. (*Rev. dr. int.*, 1875, t. VII, p. 212 et 213. — *J. dr. int.*, 1875, p. 48 et suiv. et la note de M. Dubois qui rapporte l'arrêt de 1874); pour l'affirmative, Cour d'appel de Macerata, 17 juin 1873, cassé par l'arrêt de Turin du 17 juin 1874 (*J. dr. int.*, *loc. cit.*). Cette dernière opinion nous paraît plus conforme au texte même de la loi italienne qui ne fait aucune distinction et aux motifs qui ont fait admettre le principe dont il s'agit. Norsa, *Rev. dr. int.*, *loc. cit.*, p. 214 et 215. — Antoine, *Suc.*, en *dr. int. privé*, n° 133, p. 139 et suiv. — Pietro Esperson, *Le Droit international privé dans la législation italienne*; *J. dr. int.*, 1881, n° V-VI, p. 229. Il cite dans ce sens un arrêt de la Cour de Gênes, du 11 avril 1870. — V. aussi la note de M. Dubois, *J. dr. int.*, 1875, p. 48 et suiv. — La maxime : *Tot hereditates, quot territoria*, prévaut, au contraire, en France, dans la doctrine et dans la jurisprudence. V. toutefois, trib. civ. Havre, 28 août 1872; *J. dr. int.*, 1874, p. 182. — Cpr. trib. suprême de Madrid, 6 juin 1873; *op. cit.*, 1874, p. 44. — Cette maxime a été formellement consacrée, quant à la succession immobilière, par le traité de 1874, passé entre la France et la Russie (art. 10). V. *suprà*, n° 279.

prononcée pour l'affirmative, par un arrêt du 30 janvier 1874 (1165), cassant un arrêt de la Cour de Bologne, du 31 décembre 1872, qui s'était déclarée incompétente pour connaître du partage de la succession laissée par un étranger (1166).

Sans entrer ici dans l'examen des différents arguments qui ont été produits en faveur du système suivi par la Cour de Turin (1167), nous nous contenterons de dire que la solution admise par la Cour de Bologne nous semble préférable à celle qui a été consacrée par la Cour de cassation (1168). La compétence du tribunal de l'ouverture de la succession constitue le principe, et la seconde partie de l'article 94 du Code de procédure est une dérogation au droit commun et un expédient tout à fait arbitraire que l'on doit interpréter de la manière la plus stricte, c'est-à-dire restreindre aux successions laissées par des Italiens. Cette solution est aussi plus conforme à l'esprit de la loi italienne, d'après laquelle la loi nationale du défunt régit la succession, même immobilière (1169).

(1165) *J. dr. int.*, 1875, p. 139, et les *Observations* de M. Fiore et du traducteur M. Dubois. — V. dans le même sens, un arrêt de la Cour de Catanzaro, 3 déc. 1868, analysé par M. Dubois, sur Carle, *La faillite dans le dr. int. privé*, n. 41.

(1166) *J. dr. int.*, *loc. cit.* — V. dans le même sens; un jugement du tribunal de Reggio; du 14 juil. 1868, analysé par M. Dubois, sur Carle, *op. et loc. cit.*, et réformé par l'arrêt de la Cour de Catanzaro, cité à la note précédente. — V. aussi, Cour de cassation de Turin, 9 janv. 1869; *Rev. dr. int.*, 1875, t. VII, p. 216, n° 97. — Cour de cassation de Naples, 30 nov. 1869, analysé par M. Dubois, *op. et loc. cit.* Ce dernier arrêt casse celui de la Cour de Catanzaro.

(1167) Ces arguments ont été exposés par M. Pescatore, dans un article reproduit dans la *Revue de droit international*, 1875, t. VII, p. 221. — Cette argumentation est également rapportée par M. Antoine, *op. cit.*, p. 135.

(1168) V. dans ce sens, la note de M. Dubois, *J. dr. int.*, 1875, p. 139. — Antoine, *op. et loc. cit.*

(1169) Les auteurs les plus récents ont admis, en Italie, la doctrine de l'unité et de l'universalité de la faillite. V. notamment, Carle, *La faillite*

Les étrangers ont donc le droit, en principe, d'ester en justice les uns contre les autres devant les tribunaux italiens, et le défendeur ne peut décliner la compétence du juge, toutes les fois qu'il est cité devant une juridiction compétente aux termes mêmes du Code de procédure. Mais ce principe n'est pas absolu et des restrictions y ont été apportées dans la pratique. Il ne rentre pas dans le but de notre travail de présenter un tableau détaillé de la jurisprudence des différents pays étrangers (1170). Toutefois, nous voulons dire quelques mots d'une certaine classe d'actions plus importantes que les autres, c'est-à-dire de celles qui touchent à l'état des personnes.

Les jurisconsultes italiens n'admettent pas, en général, la théorie qui consiste à dire que les tribunaux d'un Etat sont insti-

dans le droit international privé, traduit et annoté par M. Dubois, et spécialement, en ce qui concerne la compétence, nos 17 à 24. — La Cour de Milan, dans un arrêt du 15 décembre 1876 (*J. dr. int.*, 1879, p. 77, et une note importante de M. Dubois qui rapporte cet arrêt), a fait une application remarquable des vrais principes en cette matière, en décidant que le dessaisissement du failli s'étend à tous les biens du failli dans quelque pays qu'ils se trouvent, et cela par le seul fait de la déclaration régulière de faillite. — Les tribunaux français ont été appelés à se prononcer sur les conséquences de la même faillite, par rapport à la succursale de Paris, et ont jugé tout autrement que la Cour de Milan (*op. cit.*, 1878, p. 606). — V. aussi, pour la jurisprudence italienne, Cour de Naples, 4 mars 1868; Cour d'appel de Turin, 13 août 1870. — V. au contraire, dans le sens de la pluralité de faillites, Cour d'appel de Turin, 5 mars et 27 juil. 1866. Ces différents arrêts sont cités par M. Dubois, sur Carle, *op. cit.*, n. 45. — Cpr. pour la doctrine et la jurisprudence françaises, en matière de faillite, *suprà*, nos 344 et suiv. et les notes; pour la jurisprudence belge, notes 893, 907, 911, 918. Pour la jurisprudence suisse, V. les décisions des tribunaux genevois dans l'affaire du Crédit foncier suisse, *suprà*, n° 345.

(1170) En ce qui concerne spécialement l'Italie, on peut consulter la *Revue de jurisprudence en matière de droit international*, publiée par M. Norsa, dans la *Revue de droit international*, 1874, nos 28 et s., p. 260 et suiv.; 1876, nos 185 et suiv., p. 642 et suiv. — V. aussi la même *Revue*, 1875, t. VII, p. 203 et suiv.; 1876, t. VIII, p. 417 et suiv.

tués seulement pour les nationaux (1171) ; mais, en matière de questions d'état, les adversaires de cette théorie eux-mêmes admettent que les tribunaux italiens ne sont pas compétents pour statuer lorsque la personne en cause est de nationalité étrangère (1172). Quant à la jurisprudence, elle n'est pas encore très-bien fixée, malgré l'arrêt de la Cour de cassation de Turin du 13 juin 1874 dont nous allons parler, qui proclame le principe de l'incompétence des tribunaux italiens pour connaître des questions relatives à l'état des étrangers.

Par un arrêt du 1^{er} juillet 1872, la Cour d'appel de Milan s'est déclarée compétente pour prononcer l'interdiction d'un étranger domicilié en Italie, malgré le déclinatoire opposé par le défendeur (1173). Il s'agissait, dans l'espèce, d'un Français établi en Italie depuis de longues années. La Cour de cassation de Turin, tout en reconnaissant que les premiers juges avaient pu nommer un conseil provisoire à l'étranger (1174), a cassé l'arrêt de la Cour de Milan en ce qu'il avait prononcé l'interdiction (1175). On retrouve dans cet arrêt la confusion du statut et de la compétence, et la déclaration que la juridiction n'est exercée par le juge italien que sur les personnes soumises aux lois de l'Etat. Aussi, la Cour décide-t-elle d'une manière tout à fait générale « que les tribunaux nationaux ne sont pas compétents pour connaître des questions d'état entre étrangers, et qu'ils doivent, en conséquence, s'abstenir de juger des demandes en séparation de

(1171) *J. dr. int.*, 1874, p. 332, note.

(1172) Norsa, *Rev. de jurisp. ital.*, dans la *Rev. de dr. int.*, 1876, t. VIII, p. 648 et 649.

(1173) *J. dr. int.*, 1876, p. 213, et la note de M. Dubois.

(1174) La jurisprudence italienne se reconnaît le droit de prendre des mesures provisoires dans l'intérêt de l'étranger, alors même qu'elle ne serait pas compétente pour statuer au fond. Norsa, *op. et loc. cit.*, p. 648 et 649. — Cpr. pour la jurisprudence française, *suprà*, nos 323 et suiv. ; pour la jurisprudence belge, n° 327.

(1175) 13 juin 1874 ; *J. dr. int.*, 1874, p. 330.

corps, en nullité de mariage, en reconnaissance d'enfant, et autres réglées par le statut personnel. »

La doctrine de la Cour de Milan est, à notre avis, préférable à celle de l'arrêt de Cassation. Elle établit très-clairement la distinction entre le statut et la compétence, en déclarant que, si d'après l'article 6 des *Dispositions préliminaires* du Code civil italien, l'état, la capacité et les rapports de famille sont réglés par la loi de la nation à laquelle ces personnes appartiennent, cet article ne parle aucunement de la compétence. Cette solution est celle que nous avons adoptée et que nous avons essayé d'établir dans notre législation. Nous avons dit que, si l'on s'en écartait, on n'avait plus de principe certain pour déterminer la compétence ; nous avons ajouté que cette solution était commandée par l'intérêt des tiers, de l'interdit et de sa famille, et que le juge du domicile était plus à même que tout autre de voir si l'étranger se trouve dans des conditions exigeant son interdiction. L'arrêt de la Cour de Turin sera, au contraire, approuvé en France par la jurisprudence et les nombreux auteurs qui soutiennent que les tribunaux ne sont institués que pour rendre justice aux citoyens, et qui font surtout application de ce principe en matière de questions d'état.

L'arrêt de la Cour de cassation avait une importance toute particulière pour l'Italie, car la question était encore douteuse. Toutefois, nous devons ajouter qu'il n'a pas fixé la jurisprudence italienne. En effet, par un arrêt du 1^{er} septembre 1875, la Cour d'appel de Lucques a formellement reconnu la compétence des tribunaux italiens en matière de questions d'état, et spécialement pour prononcer l'interdiction d'un étranger (1176). La Cour distingue parfaitement la question de compétence et celle de la loi à appliquer, et elle déclare, de la manière la plus générale et la plus nette, que les tribunaux ont juridiction pour connaître de l'état, de la capacité et des rapports de famille des étrangers qui ont domicile, résidence ou demeure en Italie.

(1176) *J. dr. int.*, 1876, p. 215, et la note de M. Dubois.

La Cour de Milan a toutefois subi plus particulièrement l'influence de la Cour de cassation, et cette influence s'est fait sentir dans un arrêt du 15 février 1876 (1177), rendu sur une demande en séparation de corps entre étrangers. La Cour reconnaît, sans doute, que le juge italien peut autoriser la femme étrangère à quitter provisoirement la maison du mari; mais elle décide qu'elle est incompétente pour statuer sur la demande en séparation, et déclare que les tribunaux italiens n'ont pas juridiction sur les étrangers, lorsque l'objet de la cause portée devant eux est relatif à l'état des personnes et aux rapports de famille (1178). La Cour de Lucques avait fait résulter de l'article 6 des *Dispositions préliminaires* du Code civil, cette conséquence que les tribunaux italiens sont compétents pour les questions d'état entre étrangers, sauf à appliquer les lois de la nation à laquelle l'étranger appartient. La Cour de Milan établit, au contraire, une distinction entre la demande principale et la demande incidente, et prétend que l'article 6 n'est pas applicable aux questions d'état soulevées par voie d'action principale, mais qu'il en résulte seulement l'obligation pour le juge italien d'appliquer la loi nationale de l'étranger, toutes les fois que la question d'état ne se présente que d'une manière secondaire et que le juge se trouve dans le cas d'en connaître, comme d'un moyen pour se prononcer sur la question principale (1179).

(1177) *J. dr. int.*, 1876, p. 220, et la note de M. Dubois.

(1178) Cpr. Venise, 6 oct. 1876; *J. dr. int.*, 1879, p. 298, et la note de M. Dubois qui rapporte cet arrêt. — La Cour de Venise a réformé la sentence des premiers juges qui s'étaient déclarés incompétents pour connaître d'une demande en séparation de corps entre époux autrichiens, par la raison que la femme était devenue italienne depuis le mariage. La même solution aurait dû être donnée, à notre avis, quand même les deux époux auraient été étrangers, car, dans l'espèce, le domicile et la résidence du mari hors de l'Italie étaient inconnus et, dès lors, le tribunal de la résidence de la femme devait être tenu pour compétent.

(1179) V. dans le même sens, Norra, *Rev. de jurispr. ital.*, dans la *Rev. de dr. int.*, 1876, t. VIII, p. 651.

Nous avons déjà eu l'occasion de parler de ce prétendu principe, à l'aide duquel la Cour voudrait résoudre le problème si difficile de la compétence internationale en matière de questions d'état (V. *suprà*, n° 391). Nous avons dit que cette interprétation ne pouvait nous satisfaire, car elle donne à l'article 6 une portée bien trop restreinte. La circonstance que la femme, dans l'espèce, ne demandait la séparation de corps que pour arriver au divorce autorisé par la loi de sa nation, n'était pas un obstacle à la compétence de la Cour de Milan, car, s'il est vrai que le juge italien, aussi bien que le juge français, ne doit pas prononcer un jugement contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs dans son pays, il peut du moins rendre des sentences qui n'ont en elles-mêmes rien de contraire à l'ordre public, tel qu'on l'entend en Italie, sans qu'il y ait à rechercher si la loi d'un autre Etat fait produire à ces sentences des conséquences réprouvées par le droit public du pays où elles ont été rendues.

Remarquons que, dans l'espèce soumise à la Cour de Milan, les époux n'avaient en Italie qu'une simple résidence et que le défendeur avait opposé l'exception d'incompétence. Il ne faut pas croire cependant que ces circonstances aient déterminé la décision de la Cour, car elle ne fait pas mention de ces deux faits et, dès lors, il est permis de penser que sa décision aurait été la même si les époux avaient été domiciliés en Italie et si le défendeur avait accepté sa juridiction (1180).

L'incompétence des tribunaux italiens pour connaître des questions d'état entre étrangers est-elle d'ordre public ?

Cette doctrine a été soutenue par des auteurs qui trouvent la raison de cette incompétence dans l'importance politique de l'état des personnes. Ils font remarquer que les questions dont il s'agit se rattachent au droit public de l'Etat, et que le pouvoir d'en connaître ne peut appartenir qu'aux juges natio-

(1180) V. la *note* de M. Dubois, *J. dr. int.*, 1876, p. 220.

naux (1181). C'est aussi vers cette opinion que semble incliner la jurisprudence italienne, du moins depuis les arrêts de la Cour de cassation de Turin du 13 juin 1874, et de la Cour de Milan du 15 février 1876, dont nous avons eu l'occasion de parler (1182).

En Italie, comme en France (V. *suprà*, n° 423), nous croyons que l'incompétence des tribunaux pour statuer sur les questions d'état entre étrangers doit être considérée comme une incompétence *ratione personæ*, et que le déclinatoire doit être proposé par le défendeur non domicilié pour que les juges soient tenus de refuser leur juridiction. La souveraineté nationale étrangère est sauvegardée par l'article 6 des *Dispositions préliminaires* du Code civil, d'après lequel les juges italiens doivent appliquer aux étrangers leur loi nationale. Cet article lui-même suppose que les tribunaux italiens peuvent se trouver compétents pour connaître des questions relatives à l'état des étrangers, non-seulement lorsqu'elles se présentent incidemment, mais encore lorsqu'elles sont portées devant eux par voie d'action principale (1183). Remarquons enfin que les juges nationaux auront toujours le droit de refuser l'*exequatur* au jugement rendu à l'étranger, lorsqu'il contiendra des dispositions contraires à l'ordre public de l'Etat (1184).

(1181) V. notamment, Norsa, *Rev. de jurispr. ital.*, dans la *Rev. de dr. int.*, 1876, t. VIII, p. 649 et suiv.

(1182) Cpr. pour la jurisprudence française, *suprà*, n° 426.

(1183) Ce serait, en effet, à notre avis, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, donner à cet article une portée beaucoup trop restreinte que de vouloir l'appliquer seulement aux questions d'état qui se présentent incidemment, et dont le juge est tenu de connaître pour arriver à la solution du litige qui lui a été régulièrement soumis. V. dans ce sens, M. Dubois, *J. dr. int.*, 1876, p. 220. — V. en sens contraire, l'arrêt de Milan rapporté par M. Dubois, *op. et loc. cit.* — V. aussi, *suprà*, note 1179.

(1184) Parmi les traités passés par l'Italie avec d'autres Etats, nous signalerons, notamment, le traité de commerce et de navigation conclu avec les Etats-Unis le 26 février 1871, et approuvé par une loi du 14 dé-

437. — Les lois anglaises ne contiennent aucune disposition restrictive qui enlève à l'étranger le droit de plaider devant les tribunaux du royaume contre un autre étranger. Aussi, les tribunaux de ce pays ne sont pas seulement compétents pour statuer sur les actions réelles, lorsque les biens, meubles ou immeubles, se trouvent en Angleterre (1185), mais les juges se déclarent encore compétents pour connaître de l'action personnelle intentée par un étranger contre un autre étranger (1186), peu importe que l'obligation résulte d'un contrat ou d'un délit et qu'elle ait pris naissance en Angleterre ou à l'étranger (1187). L'ambassadeur d'Angleterre à Paris constate, en effet, dans une déclaration faite en 1841, que les tribunaux anglais prennent

cembre de la même année. L'article 23 de cette convention est ainsi conçu : « Les citoyens de l'une et l'autre partie auront libre accès aux tribunaux de justice pour la poursuite et la défense de leurs droits, sans autre condition, restriction et taxe que celles qui sont imposées aux nationaux. » *Annuaire de législation étrangère*, 1872, t. 1^{er}, p. 311. (Traduction de M. Dubois). — V. aussi, *J. dr. int.*, 1879, p. 340, n. 1.

(1185) Aux termes de la législation précédente, l'étranger ne pouvait posséder à aucun titre un droit immobilier quelconque dans le Royaume-Uni. Un *Acte* de 1844 l'autorisait toutefois à posséder, louer, acquérir les immeubles nécessaires à l'établissement de sa famille, de son commerce ou de son industrie, mais seulement pour 21 ans. Un *Acte* du 12 mai 1870, sur la condition des étrangers, porte dans son article 2 : « L'étranger est assimilé au citoyen britannique de naissance, pour tout ce qui concerne la possession, jouissance, acquisition ou transmission par tous les modes légaux de la propriété immobilière et mobilière. » *Annuaire de légis. étrang.*, t. 1^{er}, p. 7.

(1186) Les tribunaux anglais admettent comme criterium de leur compétence le domicile ou la résidence, sans jamais tenir compte de la nationalité. Alexander, *J. dr. int.*, 1881, n° V-VI, p. 193.

(1187) V. pour l'immunité de juridiction dont jouissent certains étrangers, *suprà*, p. 315 à 317. — V. aussi, pour les règles de compétence suivies en Ecosse à l'égard des étrangers, n° 318.

connaissance des contestations entre les Français qui résident dans ce pays (1188).

Toutefois, la jurisprudence se déclare incompétente pour statuer sur l'exécution d'un contrat passé à l'étranger (1189) et relatif à un immeuble situé à l'étranger. Le vice-chancelier Malins constate que jamais, en pareilles circonstances, les tribunaux anglais n'ont cru pouvoir statuer, et que c'est seulement dans le cas de nécessité absolue qu'une exception pourrait être apportée à cette règle (1190).

Les tribunaux anglais sont compétents pour ordonner des mesures provisoires entre époux étrangers, pour contraindre l'un d'eux à la cohabitation et pour statuer sur les droits et obligations résultant du mariage (1191). Ils se reconnaissent même

(1188) Sur un arrêt de Montpellier; S., 41, 2, 193. — V. également sur ce point, Bonfils, n° 241, p. 204. — Fœlix, t. I^{er}, n° 148, p. 309. — Wheaton, t. I^{er}, 4^e édit., p. 145. — *Rev. dr. franç. et étrang.*, 1849, t. VI, p. 507. — Arrêt de la Cour d'appel, 13 janv. 1876; *J. dr. int.*, 1876, p. 189. — *Op. cit.*, 1875, p. 23, *note*. — *Adde, supra*, n° 259. — D'après M. Bonfils (p. 205), l'étranger ennemi ne peut ester en justice devant les tribunaux de l'Angleterre. Ses droits sont suspendus pendant toute la durée de la guerre et, même lorsque la paix est rétablie, il ne peut demander l'exécution d'un contrat passé pendant le temps des hostilités. — V. aussi Laurent, *Droit civ. int.*, t. IV, n° 67. — *Rev. dr. franç. et étrang.*, *loc. cit.* — Nous avons dit, au contraire, qu'en France l'état de guerre ne fait pas obstacle à ce qu'un étranger puisse agir en justice comme demandeur ou défendeur. V. *supra*, nos 10 et 158.

(1189) V. en ce qui concerne la juridiction anglaise sur les sujets de sa Majesté résidant ou voyageant en pays étranger, une loi du 16 août 1878 (art 5). *Annuaire de législ. étrang.*, 1879, t. VIII, p. 63.

(1190) Cour de Chancellerie, 27 avril 1874; *J. dr. int.*, 1875, p. 23, et la *note*. — V. en ce qui concerne la compétence des tribunaux anglais, une dissertation de M. Joseph Alexander sur l'exécution des jugements étrangers en Angleterre; *op. cit.*, 1878, p. 30 et suiv. Il rapporte plusieurs espèces jugées par les tribunaux de ce pays. — V. aussi, *Rev. dr. int.*, 1874, p. 612 et suiv.

(1191) Westlake, *La doctrine anglaise en matière de droit international*

compétents pour connaître des questions d'état, et spécialement pour prononcer la nullité du mariage ou le divorce entre époux étrangers, toutes les fois que le mari est domicilié en Angleterre ou même habite seulement le pays, pourvu que ce ne soit pas d'une façon purement passagère et qu'il n'y soit pas venu dans le but d'obtenir ou de faciliter son divorce (1192). On assimile ainsi une telle habitation au domicile comme fondement de la juridiction anglaise, malgré l'opposition de certains juges (1193).

privé; *J. dr. int.*, 1881, n° VII-VIII, p. 317. — *Op. cit.*, 1879, p. 208, *note*. — Haute-Cour de justice (division des divorces), 26 mars 1878; *eod. op.*, 1879, p. 288. — Cpr. pour la France, *suprà*, n° 324; pour la Belgique, n° 327; pour l'Italie, *note* 1174.

(1192) Westlake, *op. cit.*, p. 316. — La division des *Probates* de la Haute-Cour de justice d'Angleterre, devant laquelle sont portées les causes matrimoniales, a rendu dans ces dernières années un grand nombre de décisions importantes sur les matières rentrant dans sa compétence et concernant des étrangers. — V. notamment, Cour d'appel, 16 et 19 juil., 8 nov. 1878; *J. dr. int.*, 1879, p. 195, et les différentes espèces analysées par le juge Brett dans cette affaire. — V. aussi les différents arrêts analysés par M. Alexander, *Du mariage en droit international suivant la jurisprudence anglaise*; *op. cit.*, 1881, n° V-VI, p. 193 et suiv. — Les Cours écossaises connaissent également des instances en divorce sur la demande d'une partie qui a résidé quelque temps en Ecosse, alors même qu'aucun des époux n'est d'origine écossaise et n'a son domicile en Ecosse. Cette jurisprudence est attestée par le juge Brett dans l'affaire ci-dessus indiquée. — Sur la compétence en matière de questions d'état, Cpr. pour la France, *suprà*, n° 388 et suiv.; pour la Belgique, n° 404 *bis*, 407 *bis* et 418; pour l'Italie, n° 436; pour les Etats-Unis, *infra*, n° 438; pour la Suisse, n° 443.

(1193) Le juge Brett, dans l'affaire indiquée à la note précédente, soutenait la théorie que nous avons admise pour la compétence dans les questions d'état, à savoir qu'il faut s'attacher au domicile pour déterminer le tribunal compétent; mais les autres juges se prononcèrent pour la compétence, malgré l'absence de domicile, en se fondant sur des motifs tirés des pouvoirs des anciennes juridictions ecclésiastiques et des termes de l'Acte établissant la Cour des divorces, d'après lequel « il est permis à tout mari et à toute femme de former devant cette Cour une demande en dissolution de mariage. » *J. dr. int.*, 1879, p. 195 et suiv. — Cet arrêt casse un arrêt du 23 mai 1878, par lequel Sir Philimore avait déclaré l'incompétence de la Haute-Cour, *op. cit.*, p. 196.

Les tribunaux anglais se reconnaissent également compétents pour nommer des tuteurs aux étrangers mineurs ou *mente capti*. Ces nominations ont lieu même dans le cas où l'étranger ne séjourne en Angleterre que provisoirement ; elles ne sont pas faites seulement à titre provisoire, mais à titre définitif, sauf au tribunal à retirer, s'il y a lieu, les fonctions qu'il a conférées. Telle est la jurisprudence attestée par le *Foreign-Office*, dans une note en réponse aux questions que lui avait adressées le ministre de la justice d'Autriche (1194). Si un tuteur a déjà été nommé au mineur ou à l'aliéné étranger par le tribunal de son domicile, la justice anglaise ne doit en désigner un autre que dans le but de faciliter au premier l'exercice de son autorité, aussi longtemps qu'il ne se rend pas coupable d'abus (1195).

(1194) Note de M. Dubois, *J. dr. int.*, 1876, p. 215. — Cpr. pour la France, *suprà*, nos 323, 402 et 404 ; pour la Belgique, nos 327, 404 *bis* et 435 ; pour l'Italie, p. 592 et suiv. ; pour l'Espagne, *infra*, n° 441 ; pour la Hongrie, n° 444. — V. aussi, pour la Prusse, une loi du 5 juil. 1875, note 1235, et pour la Suisse, un arrêt du tribunal fédéral du 10 juin 1876, *J. dr. int.*, 1876, p. 231.

(1195) Westlake, *op. cit.*, 1881, n° VII-VIII, p. 313. — En ce qui concerne le pouvoir des tribunaux anglais de déclarer en faillite des étrangers, il a été jugé que l'étranger qui a contracté des dettes en Angleterre peut y être mis en faillite, s'il a commis un acte de faillite, bien qu'il n'y soit pas domicilié et qu'il ait quitté le pays avant que la requête tendant à la mise en faillite ait été présentée. Cour d'appel de Chancellerie, 14 mars 1873, cité par M. Dubois (sur Carle, n. 120 *bis*), d'après un article de M. Westlake, *Cas de droit international public ou privé, récemment jugés par les tribunaux anglais*, dans la *Revue de Gand*, 1874, t. VI, p. 399. — La jurisprudence anglaise a également plusieurs fois décidé, en ce qui concerne spécialement des sociétés comprenant diverses maisons situées dans différents pays, qu'il y a, en pareil cas, autant de faillites qu'il y a d'établissements situés dans des pays différents. M. Dubois, *op. cit.*, n. 44. — V. aussi, pour les effets du jugement étranger déclaratif de faillite, *J. dr. int.*, 1881, n° V-VI, p. 248. — Carle, n° 41, p. 74, et n° 66, p. 132. — M. Dubois, sur le même, n. 119, 120 et 120 *bis*. Dans cette dernière note, le savant professeur présente un résumé succinct de plusieurs décisions judiciaires

438. — Aux Etats-Unis, comme en Angleterre, dans les pays où le droit anglais forme la base du droit local, les contestations entre étrangers, qu'elles résultent d'un contrat ou d'un délit, peuvent être portées devant les tribunaux locaux (1196).

En 1806, dans ses conclusions devant la Cour de cassation, Merlin constatait déjà qu'il était d'usage aux Etats-Unis de connaître des procès entre Français (1197).

Le tribunal du domicile est compétent pour statuer sur les questions d'état (1198), et spécialement pour prononcer le divorce entre deux étrangers (1199).

analysées par M. Westlake, *op. et loc. cit.*, — Cpr. pour la France et la Belgique, *suprà*, n° 344 et suiv. et les notes; pour l'Italie, note 1169; pour la Suisse, p. 443; pour l'Autriche, *infra*, n° 444, note 1228; pour l'Allemagne, n° 445 et note 1237; pour le Brésil, note 1246; pour la jurisprudence américaine, V. Carle, *op. cit.*, n° 41.

(1196) Bonfils, n° 241, p. 205. — Fœlix et Demangeat, t. 1^{er}, p. 309, n° 148. — Whéaton, *loc. cit.* — Roger, *Rev. étrang. et franç. de législat.*, t. V, p. 187. — D'après M. Féraud-Giraud, on admet aux Etats-Unis comme principe général, que la règle relative à la juridiction d'un Etat à l'égard des biens meubles qui se trouvent sur son territoire, est la même que celle qui régit les immeubles. *J. dr. int.*, 1880, p. 148, n. 2. — Cpr. pour la France, *suprà*, n° 273. — V. sur la condition de l'étranger aux Etats-Unis, Roguet, *Rev. pratique*, 1857, t. III, p. 145 et suiv., p. 218 et s., p. 279 et suiv.

(1197) C. n., 2, 1, 207. — V. toutefois pour l'étranger ennemi, Roguet, *op. cit.*, p. 158. — *J. dr. int.*, 1875, p. 137. — Nous nous sommes exprimé d'une manière trop absolue (*suprà*, n° 268), en disant que la compétence appartient aux tribunaux fédéraux pour toutes les contestations entre un étranger et un sujet du pays. Cette compétence existe sans doute, mais n'exclut pas celle des Cours des différents Etats. V. Roguet, *op. cit.*, p. 229.

(1198) V. pour les autres pays, les indications données *suprà*, note 1192.

(1199) Cette compétence est attestée par le juge Brett, à l'occasion d'une demande en divorce portée devant la Haute-Cour de justice d'Angleterre, *J. dr. int.*, 1879, p. 199 et 200. — Un arrêt de la Cour du vice-chancelier de New-York, du 19 août 1842 (*Gazette des trib.*, 16 sept., cité par Fœlix et Demangeat, t. 1^{er}, n° 148, p. 309), a même prononcé le divorce entre deux Français. — V. aussi, sur la compétence en matière de divorce, Cour

Le Congrès des juristes américains, tenu en 1877, a adopté les règles suivantes en ce qui concerne la compétence dans les contestations entre étrangers (1200) :

1° Les étrangers qui se trouvent domiciliés dans la république peuvent être actionnés devant les autorités judiciaires de la nation pour l'accomplissement des contrats formés en pays étranger. — 2° Peuvent être actionnés également devant les mêmes autorités, les étrangers non domiciliés, si ces contrats ont été conclus avec d'autres étrangers naturalisés ou domiciliés dans la république. — 3° Sont exceptés des dispositions précédentes les contrats sur des objets prohibés par les lois de la république. — 4° Les étrangers, même ceux qui sont absents, peuvent être cités devant les autorités judiciaires de la nation, *a* : pour l'accomplissement des obligations contractées ou qui doivent recevoir leur exécution dans la république; — *b* : lorsqu'on intente contre eux une action réelle concernant les biens qu'ils ont dans la république; — *c* : quand il a été stipulé que le pouvoir judiciaire de la république jugera les différends relatifs aux obligations contractées dans un autre pays.

439. — L'article 9 de la loi qui forme les *Préliminaires* du Code civil des Pays-Bas, dispose que « le droit civil du royaume

de Chancellerie de New-Jersey, mai 1879; *op. cit.*, 1880, p. 311. — Cour de New-York, 1879 et 21 janv. 1878; *eod. op.*, p. 313. — Cour suprême de Minnesota, 25 avril 1878; *op. et loc. cit.* — Aux termes d'une loi assez récente, promulguée dans l'Etat du Massachussets, toute personne établie dans l'Etat, depuis trois ans au moins, peut introduire une demande en divorce. La législation antérieure exigeait une résidence de cinq ans, et, en outre, à la différence de la loi nouvelle, elle déclarait non recevable la demande formée par une personne qui ne s'était établie dans l'Etat que pour y divorcer; *op. cit.*, 1877, p. 459. — Pour la jurisprudence américaine, en ce qui concerne l'unité et l'universalité de la faillite, V. Carle, *op. cit.*, nos 41 et 66. — V. pour les autres pays, les indications données *suprà*, note 1195.

(1200) *Bulletin de la société de législat. comp.*, 1877-1878, t. VII, p. 531.

s'applique indistinctement aux Néerlandais et aux étrangers, tant que la loi n'établit pas expressément le contraire (1201). Aucune exception n'a été faite en ce qui concerne le droit d'ester en justice, et, dès lors, l'étranger doit être admis à plaider contre un autre étranger (1202).

Il a été jugé plusieurs fois, en effet, qu'une personne de nationalité étrangère résidant dans les Pays-Bas, pouvait être poursuivie devant les tribunaux de ce pays, sans qu'il y ait à distinguer d'après le lieu dans lequel l'obligation a été contractée (1203). Il a été jugé également que les tribunaux néerlandais sont compétents pour statuer sur la demande en main-levée d'une saisie-arrest pratiquée entre les mains d'un tiers aux Pays-Bas, par un étranger et à la charge d'un autre étranger, tous deux résidant à l'étranger (1204).

440. — En Suède, c'est le domicile du défendeur qui détermine la compétence du juge. Toutefois, les étrangers peuvent être actionnés partout où ils se trouvent dans le royaume (1205).

441. — En Espagne, tout étranger est soumis à la juridiction

(1201) Félix, t. I^{er}, p. 311, n° 148. — Koenigswarter, *Rev. étrang., et franç. de législ.*, 1839, t. VI, p. 368 et suiv. — *J. dr. int.*, 1875, p. 318, note.

(1202) V. pour l'immunité de juridiction dont jouissent certains étrangers, et pour les assignations adressées à des personnes domiciliées à l'étranger, *suprà*, n° 255.

(1203) Trib. de Harlem, 4 janv. 1859; *J. dr. int.*, 1875, p. 318. — Cour de Nord-Hollande, 23 fév. 1861, et Haute-Cour (Cour de cassation, siégeant à la Haye), 12 avril 1861; *op. et loc. cit.*

(1204) Trib. de La Haye, 2 nov. 1858, et Cour de Sud-Hollande, 9 mai 1859; *J. dr. int.*, 1875, p. 320. — Ces décisions sont conformes à la disposition de l'article 764 du Code de procédure, d'après lequel la connaissance de la saisie-arrest appartient au tribunal de l'arrondissement où la saisie a été pratiquée. — Cpr. pour la France, nos 328 et s., pour la Belgique, n° 435.

(1205) *Rev. dr. int.*, 1875, t. VII, p. 412. — V. pour les assignations à des personnes domiciliées à l'étranger, *suprà*, n° 261 bis. — V. sur la condition légale des étrangers en Suède, un article de M. Dareste, avocat à la Cour de cassation, *J. dr. int.*, 1880, p. 434 et suiv.

et aux lois espagnoles pour les délits commis dans le royaume. Tout étranger a également le droit de s'adresser aux tribunaux espagnols pour obtenir l'exécution d'obligations contractées en Espagne ou exécutoires dans ce pays, ou relatives aux immeubles qu'il y possède (1206). Dans les affaires entre étrangers ou contre des étrangers, bien qu'il ne s'agisse, ni d'une action réelle, ni d'une action personnelle pour des obligations contractées en Espagne, les tribunaux de ce pays n'en sont pas moins compétents quand il y a lieu d'éviter une fraude ou de prendre des mesures urgentes et provisionnelles pour retenir un débiteur qui cherche à se dérober à ses obligations par la fuite, ou pour vendre des objets qui risqueraient de se détériorer en magasin, ou pour pourvoir temporairement un dément d'un tuteur, ou dans tout autre cas analogue (1207).

(1206) Lehr, *Éléments de droit civil espagnol*, p. 26.— Cour suprême de Madrid, 23 oct. 1873; *J. dr. int.*, 1874, p. 253.— L'étranger domicilié ou simplement de passage est également soumis à la juridiction et aux lois espagnoles pour l'exécution des obligations qu'il a contractées envers un sujet espagnol, soit dans le pays, soit même au dehors. (Nous n'avons pu nous procurer assez tôt l'ouvrage de M. Lehr pour faire connaître cette règle en parlant des contestations entre nationaux et étrangers). — Les étrangers résidant en Espagne, qui n'ont obtenu ni des lettres de naturalisation ni des droits de bourgeoisie dans une commune, se divisent en deux classes : les domiciliés (*domiciliados*) et les passants (*transeuntes*). Sont réputés domiciliés, au point de vue des effets légaux, ceux qui sont établis définitivement ou qui résident dans la même résidence pendant trois ans, ou qui possèdent des biens propres, ou qui exercent une industrie ou une profession sur le territoire de la monarchie avec la permission de l'autorité civile de la province. Sont considérés comme de simples passants, les étrangers qui n'ont pas de résidence fixe dans l'un des sens qui viennent d'être indiqués. Lehr, *op. cit.*, p. 24.

(1207) Lehr, *op. cit.*, p. 26.— D'après MM. Foelix (t. I^{er}, p. 312), et Bonfils (n^o 241, p. 206), les étrangers domiciliés sont justiciables des tribunaux espagnols, comme les régnicoles; mais il existe un tribunal spécial pour les contestations entre deux étrangers non domiciliés. Il porte le nom de *juge conservateur des étrangers*.

En cas d'ouverture de la succession *ab intestat* d'un étranger, soit domicilié, soit de passage, l'autorité locale, d'accord avec le consul de la nation du défunt, procède à l'inventaire des biens et effets mobiliers et prend les mesures conservatoires nécessaires en attendant l'arrivée des héritiers. Dans ce cas, comme dans celui d'une succession testamentaire, les tribunaux espagnols doivent se borner à connaître des réclamations formées par des créanciers, ou, en général, tendant à l'accomplissement d'obligations contractées en Espagne ou en faveur de sujets espagnols (1208).

442. — En Portugal, d'après M. Demangeat (1209), on a institué des juges spéciaux pour connaître des procès qui intéressent les sujets de certaines nations (1210). En cas de contestation entre un sujet de l'une de ces nations et un sujet d'une autre, le juge compétent est le juge conservateur des droits de la nation dont le privilège est le plus ancien (1211).

(1208) Lehr, *op. cit.*, p. 25. — Cpr. pour la France, *suprà*, nos 340 et s., pour la Belgique, n° 435, p. 583 ; pour l'Italie, n° 436, p. 589. — V. dans le sens de l'unité de législation en matière de succession, un arrêt du trib. suprême de Madrid, du 6 juin 1873 ; *J. dr. int.*, 1874, p. 44. — Cpr. *suprà*, note 1164, et *infra*, note 1246. — V. aussi, pour l'immunité de juridiction dont jouissent certains étrangers, *suprà*, n° 260.

(1209) Sur Fœlix, t. I^{er}, p. 312, n. a. — Bonfils, *loc. cit.*

(1210) Il a été publié un ouvrage spécial sur les anciens tribunaux établis dans les divers pays pour juger particulièrement les causes entre étrangers. — M. Féraud-Giraud (*J. dr. int.*, 1880, p. 241), qui signale l'existence de cette publication, assure également que le Code de procédure portugais, du 3 novembre 1876, ne contient rien de spécial à notre matière. — Sur le caractère libéral de la législation portugaise à l'égard des étrangers, V. une notice du baron d'Ourem ; *Ann. de législ. étrang.*, 1879, p. 736.

(1211) V. pour l'immunité de juridiction dont jouissent certains étrangers, *suprà*, n° 260. — Le tribunal suprême de justice, par un arrêt du 21 juin 1880 (*J. dr. int.*, 1881, n° III-IV, p. 177), a décidé que le tribunal compétent en matière d'abordage est celui le plus proche du lieu de la collision, qui est en même temps celui du port de relâche pour cause d'avaries. —

443. — Aux termes de l'article 59 de la Constitution fédérale de la Suisse, du 29 mai 1874 : « Pour les réclamations personnelles, le débiteur solvable ayant domicile en Suisse doit être recherché devant le juge de son domicile » (1212). Cette disposition est applicable aux étrangers, aussi bien qu'aux nationaux (1213) ; mais elle exige le domicile en Suisse et ne saurait être invoquée par le débiteur domicilié à l'étranger (1214). C'est donc à la législation des différents cantons qu'il faut recourir pour savoir quand un étranger domicilié dans son pays peut être actionné devant les tribunaux suisses (1215).

Cpr. pour l'Angleterre, Haute Cour d'Amirauté, 7 mai 1873 ; *op. cit.*, 1874, p. 36 ; pour la Belgique, Cour de Bruxelles, 14 nov. 1871 ; *eod. op.*, p. 38 ; pour la France, trib. com. Havre, 2 oct. 1876 ; *eod. op.*, 1876, p. 354 ; et *suprà*, n° 192 et la note.

(1212) V. aussi l'article 46 de la même Constitution. *Annuaire de légis. étrang.*, 1875, t. IV, p. 462 et 465.

(1213) Trib. fédéral, 4 mars 1875 ; *J. dr. int.*, 1875, p. 459. — C'est en se fondant sur l'article 46 de la Constitution fédérale, que la Cour de Genève a prononcé la séparation de corps entre deux Français domiciliés en Suisse (6 mai 1876 ; *op. cit.*, 1876, p. 227. — 21 janv. 1878 ; Dal., 79, 2, 145). La Cour pouvait encore, à notre avis, invoquer, comme elle l'a fait, l'article 2 du traité de 1869 avec la France. V. *suprà*, n° 274 *ter*. — L'arrêt du 21 janv. 1878 a été cassé par un arrêt du tribunal fédéral du 18 octobre 1878 ; *J. dr. int.*, 1879, p. 96.

(1214) Trib. fédéral, 6 juil. 1878 ; *op. cit.*, 1880, p. 398 et la note. — V. *suprà*, note 662.

(1215) Trib. fédéral, arrêt cité à la note précédente. — La règle admise en principe dans les différents cantons, c'est que la demande doit être portée devant le tribunal du domicile du défendeur en Suisse ou à l'étranger. — V. spécialement pour les cantons de Vaud et de Genève, *suprà*, p. 322. — Un magistrat du canton de Zug a bien voulu nous faire part d'une décision récente du tribunal de cette ville, qui s'est déclaré compétent pour connaître d'une contestation entre les entrepreneurs du chemin de fer que l'on construit entre Cham et Immensée, bien que les deux parties soient de nationalité italienne et n'aient en Suisse qu'une résidence momentanée, nécessitée par l'exécution des susdits travaux.

Des règles spéciales et uniformes ont été établies dans certaines matières par des lois fédérales (1216). Une loi sur l'état civil et le mariage (1217), prévue par les articles 53 et 54 de la Constitution de 1874, a été votée le 24 décembre de la même année et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1876. Aux termes de l'article 43 de cette loi, les actions en divorce et en nullité de mariage doivent être portées devant le tribunal du domicile du mari (§ 1^{er}). A défaut d'un domicile dans la Confédération, l'action peut être intentée au lieu d'origine ou au dernier domicile du mari en Suisse (§ 2) (1218). L'article 56 apporte toutefois une restriction à cette règle générale ; il est ainsi conçu :

« Quant aux mariages entre étrangers, aucune action en di-

(1216) La diversité qui existe entre les législations cantonales est une cause de conflits qui fait désirer de plus en plus une législation uniforme. Aux termes de l'article 64 de la Constitution fédérale, du 29 mai 1874, « la législation : sur la capacité civile ; sur toutes les matières du droit se rapportant au commerce et aux transactions mobilières (droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change) ; sur la propriété littéraire et artistique ; sur la poursuite pour dettes et la faillite — est du ressort de la confédération. » La majorité a été fixée à 20 ans par une loi fédérale votée au mois de juin 1881, et qui doit entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1883. Un Code des obligations a été également adopté pour être exécutoire à la même époque. Une loi sur la faillite doit aussi être élaborée prochainement. — Pour la jurisprudence en matière de faillite, V. les décisions des tribunaux genevois dans l'affaire du Crédit foncier suisse, *suprà*, p. 443.

(1217) Pour la compétence en matière d'interdiction, V. trib. fédéral, 10 juin 1876 ; *J. dr. int.*, 1876, p. 231. — Cpr. pour la France, *suprà*, n° 404 ; pour la Belgique, n° 404 *bis* ; pour l'Italie, n° 436, p. 592 et s. ; pour l'Angleterre, n° 437.

(1218) *Annuaire de législat. étrang.*, 1876, t. V, p. 727. — Les tribunaux suisses seront donc toujours compétents pour prononcer le divorce ou la nullité du mariage entre deux Suisses. (Trib. civ. Genève, 26 décembre 1879 ; *J. dr. int.*, 1880, p. 403. — V. aussi une analyse de ce jugement et les *observations* de M. Lehr ; *op. cit.*, 1879, p. 526 et s.). — L'article 43 a pour but de prévoir le cas où deux époux suisses n'ayant aucun domicile sur le territoire de la Confédération, voudraient néanmoins y faire

vorce ou en nullité ne peut être admise par les tribunaux, s'il n'est pas établi que l'Etat dont les époux sont ressortissants reconnaîtra le jugement qui sera prononcé » (1219).

Dans les premiers temps qui suivirent l'entrée en vigueur de la loi fédérale, quelques juristes soutinrent que la seule justification à faire par des époux étrangers domiciliés en Suisse, pour être admis à faire prononcer le divorce, consistait dans la production d'un certificat émanant des autorités du pays auquel ils ressortissaient, et établissant que la législation de ce pays admettait le divorce. Mais il est évident, et l'on ne tarda pas à se rendre compte que le législateur demandait davantage. Il demande la justification que l'Etat intéressé reconnaîtra le jugement à prononcer. Il aurait pu se faire, en effet, que le jugement de divorce prononcé en Suisse ne fût pas revêtu de l'*exequatur* dans le pays auquel les époux divorcés appartiennent; c'est ce résultat que l'on a voulu éviter. Telle est l'explication théo-

prononcer leur divorce, ou seraient contraints de suivre cette voie, soit parce que le divorce ne serait pas admis dans le pays où ils sont domiciliés, soit parce qu'ils auraient essuyé de la part du tribunal étranger de leur domicile un refus de statuer sur leur demande. Mais le législateur n'a nullement entendu défendre d'une manière absolue aux époux suisses de porter leur demande devant le tribunal étranger de leur domicile. (Il y a des Etats dont la législation contient une prohibition formelle à cet égard; par exemple, le grand-duché de Bade et la Russie, du moins pour une certaine catégorie de sujets russes. V. *J. dr. int.*, 1880, p. 348, n. 1, et *infra*, n° 446). L'article 43 doit donc être écarté du débat et la juridiction des tribunaux étrangers doit être reconnue en vertu des principes généraux sur la compétence. Nous réservons, bien entendu, le droit pour le juge de repousser la demande au fond, si le divorce n'est pas admis dans le pays, et celui pour les tribunaux suisses de refuser l'*exequatur* au jugement, s'il contient des dispositions contraires à des lois considérées comme étant d'ordre public. V. dans ce sens, une dissertation de M. Barrilliet, *J. dr. int.*, 1880, p. 357 et s. — V. en sens contraire, pour les demandes en nullité de mariage, un jugement du tribunal civil de la Seine, du 30 juin 1876; *op. cit.*, 1877, p. 146.

(1219) *Annuaire de législ. étrang.*, 1876, t. V. p. 729.

rique que l'on peut donner de la disposition édictée par cet article (1220).

La loi fédérale de 1874 laissait toutefois aux différents cantons le soin d'édicter les règlements nécessaires pour sa mise à exécution. C'est ce qui a été fait, spécialement pour le canton de Genève, par la loi du 5 avril 1876 qui modifie les titres II, V et VI (livre I^{er}) du Code civil et les remplace par des règles nouvelles, formulées en 145 articles, dont la plupart reproduisent la loi fédérale. Voici notamment ce que porte l'article 88 du chapitre I^{er} du titre VI, intitulé : *Du divorce et de la nullité du mariage* :

« Une action en divorce ou en nullité de mariage ne peut être portée devant les tribunaux genevois que dans les cas suivants :
a : si le mari est citoyen suisse et domicilié dans le canton. —
b : si le mari n'a pas de domicile en Suisse, mais est citoyen genevois. — *c* : si le mari originaire d'un autre canton n'a pas de domicile en Suisse, mais avait son dernier domicile suisse à Genève. — *d* : si le mari est étranger à la Suisse, mais domi-

(1220) Des jurisconsultes ont pensé que c'était là frapper d'une quasi-interdiction le divorce des époux étrangers en Suisse, attendu qu'un Gouvernement étranger ne fera jamais assez bon marché de sa propre souveraineté pour accorder par avance l'*exequatur* à un jugement dont le dispositif lui est inconnu. Aussi sont-ils d'avis qu'il eût été plus judicieux d'interdire absolument aux tribunaux suisses de connaître des actions en divorce entre époux étrangers. Barrilliet, *J. dr. int.*, 1880, p. 347 et s. — Brocher, *note* sous un arrêt du tribunal fédéral, *op. cit.*, 1879, p. 98. — V. aussi sur cette question, un article de M. Lehr qui arrive à une conclusion différente, *op. cit.*, 1880, p. 464 et s. — V. aussi, sur l'article 56 de la loi fédérale de 1874, un arrêt du tribunal fédéral, du 4 avril 1879; *op. cit.*, 1880, p. 403. — Remarquons qu'il y a des États dont les ressortissants ne pourront jamais satisfaire aux exigences de l'article 56 : ce sont ceux où le divorce n'est pas admis, tels que la France, l'Italie, l'Espagne, le Portugal, l'Autriche (pour les sujets catholiques), et ceux dont la législation contient une défense formelle pour les nationaux de faire prononcer le divorce par un tribunal étranger, tels que le grand-duché de Bade et la Russie (pour une certaine catégorie de sujets russes). V. *inf.* à, n° 446, p. 620.

cilié à Genève, et que l'époux demandeur justifie préalablement que l'Etat dont le mari est ressortissant reconnaîtra le jugement qui sera prononcé » (1221).

L'article 125 (chap. II, sect. 6, du tit. VI, *De la séparation de corps*) indique les cas dans lesquels la séparation de corps pourra être demandée, et décide qu'elle ne pourra être prononcée pour plus de deux ans ; puis il ajoute : « Toutefois, lorsque les époux sont ressortissants d'un Etat qui ne reconnaîtrait pas le jugement prononçant le divorce, les tribunaux pourront prononcer la séparation de corps pour une durée illimitée » (1222).

Nous citerons encore, pour le canton de Saint-Gall, la loi du 27 novembre 1878 sur la procédure dans les contestations relatives au mariage et sur les effets du divorce, dont l'article 1^{er}, § 3, reproduit à peu près l'article 56 de la loi fédérale (1223).

(1221) Trib. civ. Genève, 26 déc. 1879 ; *J. dr. int.*, 1879, p. 527, et les *observations* de M. Lehr.

(1222) *Annuaire de législat. étrang.*, 1877, t. VI, p. 589 et 590. — La Cour de Genève, par un arrêt du 21 janv. 1878 (*Dal.*, 79, 2, 145. — V. aussi, Genève, 6 mai 1876 ; *J. dr. int.*, 1876, p. 227), a prononcé la séparation de corps entre deux Français, domiciliés à Genève, pour une durée illimitée. La Cour ne fonde pas sa décision sur l'article 125 que nous avons rapporté en partie au texte, mais elle se borne à invoquer le principe de droit international d'après lequel le statut personnel suit le national, même en pays étranger. On peut se demander, en effet, jusqu'à quel point cette disposition est bien constitutionnelle, en présence de l'article 47 de la loi fédérale du 24 décembre 1874 qui défend de prononcer la séparation de corps pour plus de deux ans. Aussi, cet arrêt a-t-il été cassé par un arrêt du tribunal fédéral, du 18 octobre 1878 (*J. dr. int.*, 1879, p. 96, et la *note*), par le motif que la séparation pour une durée illimitée est interdite en Suisse, et qu'il n'appartient pas aux cantons d'édicter des règles qui seraient en désaccord avec celles qui ont été sanctionnées par l'autorité centrale. — V. aussi la dissertation déjà citée de M. Barrilliet ; *op cit.*, 1880, p. 352, n. 3. — Demangeat, *eod. op.*, 1878, p. 459.

(1223) Il est ainsi conçu : « Les actions en divorce ou en nullité de mariage entre étrangers ne seront reçues par le bureau de conciliation que quand il sera prouvé que l'Etat auquel appartiennent les époux reconnaîtra

Le nouveau Code de procédure civile du canton de Neuchâtel est conçu dans des termes plus généraux, et comprend dans son texte toutes les questions d'état (1224). Le chapitre I^{er} du titre I^{er}, intitulé : *Des tribunaux, de leur juridiction ou compétence et du déclinatoire*, porte dans son article 21 : « En ce qui concerne les étrangers à la Suisse, aucune action en divorce, en séparation ou en nullité de mariage ne peut être admise, s'il n'est pas établi que l'Etat dont les époux sont ressortissants reconnaîtra le jugement qui sera prononcé. Il en est de même des autres actions concernant l'état des personnes » (1225).

Nous avons vu que le traité du 15 juin 1869 entre la France et la Suisse contient des règles spéciales sur la compétence, en ce qui concerne les contestations intéressant des sujets de l'un des deux pays qui peuvent s'élever sur le territoire de l'autre Etat. Nous ne pouvons que renvoyer aux explications que nous avons présentées sur ce point dans différentes parties de ce travail (1226).

le jugement éventuel. Le bureau de conciliation devra, avant de citer les parties, se procurer cette preuve par l'entremise du Conseil exécutif. » *Annuaire de législ. étrang.*, 1879, t. VIII, p. 595.

(1224) Le grand Conseil de ce canton a décrété, le 17 mai 1876, les trois premiers titres d'un Code de procédure civile, composé de 431 articles. Les dispositions de ce projet ont été remaniées et modifiées sur plusieurs points, et mises définitivement en vigueur à partir du 1^{er} janvier 1879. *Op. cit.*, 1878, t. VII, p. 630, et 1879, t. VIII, p. 591, *note*.

(1225) *Op. cit.*, 1878, t. VII, p. 630. — Cpr. sur la compétence en matière de questions d'état, pour la France, *suprà*, nos 388 et s., pour la Belgique, nos 396 *bis*, 404 *bis*, 407 *bis*, 418 et 435; pour l'Italie, n° 436; pour l'Angleterre, n° 437; pour les Etats-Unis, n° 438.

(1226) V. *suprà*, nos 274 *bis* et suiv., 349, 405, 406, 407 *ter*. — M. F. Nessi a publié récemment dans le *Journal de droit international* (1881, n° VII-VIII, p. 343 et s.) un article sur la compétence des tribunaux suisses en matière de contestations entre Français. Il admet également l'interprétation que nous avons donnée de l'article 2 du traité franco-suisse du 15 juin 1869 et qui peut se résumer en ces quelques mots : Les rédacteurs du traité, en attribuant compétence dans certains cas aux tribunaux de l'un des pays

444. — D'après le § 33 du Code civil d'Autriche, l'étranger jouit des mêmes droits et est passible des mêmes charges que le régnicole, à l'exception des droits et des charges expressément réservés aux citoyens (1227).

Aux termes de l'article 29 de la loi sur la compétence, du 20 novembre 1852, les sujets des Etats étrangers peuvent être actionnés en Autriche :

a : devant le tribunal de leur résidence, quand ils l'ont établie en Autriche.

b : dans tous les cas où les Autrichiens eux-mêmes peuvent être cités devant un tribunal autre que celui de leur résidence.

c : dans le lieu quelconque où ils sont trouvés, à raison de dettes qui ont été contractées en Autriche et qui doivent y être payées.

d : à raison de la réciprocité, dans tous les cas où, dans le pays auquel ils appartiennent, les actions contre les Autrichiens sont admises (1228).

pour statuer sur les contestations entre les sujets de l'autre Etat, n'ont pas entendu reconnaître leur incompétence pour statuer dans tous les autres cas. Il en résulte qu'ils ne sont pas nécessairement incompétents en dehors des circonstances indiquées par le traité, et que la question doit être résolue d'après les lois particulières à chacun des Etats contractants. V. *suprà*, n° 275.

(1227) Fœlix, t. 1^{er}, n° 148, p. 310. — Bonfils, n° 241, p. 206. — Stoerk, *Condition légale des étrangers en Autriche*, *J. dr. int.*, 1880, p. 329 et s. — V. pour l'immunité de juridiction dont jouissent certains étrangers, et pour les assignations à des personnes domiciliées à l'étranger, *suprà*, n° 264.

(1228) *J. dr. int.*, 1877, p. 79, n. 1. — V. pour la compétence en matière de faillite et pour les effets du jugement déclaratif de faillite, Cour suprême de Vienne, 6 mars 1877; *op. cit.*, 1881, n° III-IV, p. 169, et la *note*. — Carle, *op. cit.*, n°s 36 et 37. — Pour les demandes en nullité de mariage, V. un arrêt de la Cour suprême, du 16 novembre 1876; *J. dr. int.*, 1877, p. 79. — D'après l'article 14 de la loi sur la compétence, le tribunal compétent pour les demandes en nullité et en dissolution du mariage est celui du dernier domicile commun des époux (en Autriche). Cour suprême,

Signalons, en ce qui concerne la tutelle et la curatelle, une loi votée en 1877 par le Reichstag hongrois (1229). L'article 63 est ainsi conçu :

« Pour les biens, meubles ou immeubles, situés en Hongrie et appartenant à des étrangers placés en tutelle ou en curatelle à l'étranger, un curateur spécial est nommé par l'autorité tutélaire hongroise, sauf disposition contraire des traités internationaux. »

Aux termes de l'article 64 : « Il doit être nommé par l'autorité tutélaire hongroise un tuteur provisoire aux enfants mineurs qu'un étranger peut avoir laissés en Hongrie. Cette tutelle subsiste jusqu'à ce que les autorités nationales du pupille aient pris d'autres mesures » (1230).

445. — D'après M. Fœlix (1231), dans tous les pays allemands les étrangers sont également admis à ester en justice, peu

24 juil. 1872; *op. cit.*, 1878, p. 386. — Les tribunaux étrangers sont donc incompetents, aux termes de cet article, pour prononcer sur les demandes dont il s'agit, toutes les fois que les époux autrichiens ont eu un domicile en Autriche. Si, au contraire, les époux autrichiens n'ont jamais résidé en Autriche, le for du domicile peut concourir avec celui du lieu d'origine. C'est ce qui résulte des communications échangées entre le Conseil fédéral et le Gouvernement autrichien, à propos de deux espèces où il s'agissait du divorce en Suisse d'époux appartenant à la nationalité autrichienne. V. *J. dr. int.*, 1880, p. 348, n. 1. — Cpr. pour la Suisse, *suprà*, note 1218; pour l'Allemagne, *infra*, p. 616 et 617.

(1229) *Annuaire de législation étrangère*, 1878, t. VII, p. 250 (traduction de M. Flurer).

(1230) Cpr. pour la France, *suprà*, nos 323, 325 et 402; pour la Belgique, nos 327 et 435; pour l'Italie, note 1174; pour l'Angleterre, n° 437; pour l'Espagne, n° 441; pour la Prusse, *infra*, note 1235. — Les tribunaux autrichiens se déclarent incompetents pour autoriser l'aliénation d'immeubles situés dans leur ressort, mais appartenant à des mineurs ayant perdu la nationalité autrichienne. Cour suprême, 4 janv. 1870; *J. dr. int.*, 1876, p. 53.

(1231) T. I^{er}, p. 310 et 311. — V. aussi, Laurent, *Dr. civ. int.*, t. IV, n° 66.

importe que le défendeur soit régnicole ou étranger et qu'il soit ou non domicilié dans le pays (1232).

(1232) V. pour les détails, Fœlix, *loc. cit.* — Bonfils, n° 241, p. 205. — Roger, *Rev. étrang. et franç. de législat.*, t. V, p. 187. — V. aussi, en ce qui concerne spécialement la Prusse, *Rev. dr. int.*, 1875, t. VII, p. 412. — *J. dr. int.*, 1874, p. 193 et 195, et les arrêts analysés. — La convention additionnelle au traité de paix du 10 mai 1871 entre la France et l'Allemagne, signée à Francfort le 11 décembre 1871, contenait les dispositions suivantes, en ce qui concerne la compétence : Article 3 : « Les hautes parties contractantes voulant, dans l'intérêt des justiciables, obvier aux difficultés qui pourraient, en matière civile, résulter du démembrement des anciennes circonscriptions judiciaires, il est entendu : 2° qu'aucune exception d'incompétence, à raison du changement des frontières respectives, ne pourra être élevée contre les jugements d'un tribunal civil ou d'une Cour d'appel française, rendus avant le 20 mai 1871, et qui seraient encore passibles d'appel ou de recours en cassation ; 3° que la solution des procès engagés sur des matières non personnelles appartiendra au tribunal de la situation de l'objet litigieux ; 4° que le tribunal du domicile du défendeur sera seul compétent pour vider les procès de première instance engagés sur des matières personnelles ; 5° que le même principe sera appliqué aux procès vidés en première ou en seconde instance, qui n'auraient pas encore acquis force de chose jugée, mais dont les pourvois d'appel ou les recours en cassation ne seraient interjetés que postérieurement au 20 mai 1871 ; 6° qu'en ce qui concerne la procédure d'appel et les pourvois en cassation régulièrement engagés avant le 20 mai 1871, ils seront vidés par les tribunaux qui s'en trouvent saisis, à moins que, par suite de la nouvelle démarcation des frontières respectives, les parties en cause ne se trouvent toutes deux soumises, en matière personnelle, à la compétence des tribunaux de l'autre Etat. » S., 72, 3, 163. — V. sur l'application de ce traité, Nancy, 10 juin 1871 ; S., 71, 2, 130, confirmé par civ. rej., 26 août 1872 ; S., 72, 1, 320. — V. aussi un arrêt de la Chambre civile de la Cour suprême, du 22 janvier 1872 ; S., 72, 1, 133 ; et deux arrêts de la Chambre des requêtes, du 12 février 1872 et du 11 novembre 1874 ; S., 72, 1, 37 ; S., 75, 1, 395. — V. aussi, sur les effets de l'annexion au point de vue de la compétence, sect. civ., 3 août 1812 ; C. n., 4, 1, 162. — Req. rej., 14 avril 1818 ; C. n., 5, 1, 465. — Paris, 27 janv. 1820, C. n., 6, 2, 197. — Req. rej., 13 fév. 1865 ; S., 65, 1, 122. — Req. régl. ; 14 avril 1880 ; Dal., 80, 1, 331. — V. aussi la note sous l'arrêt de Nancy ; S., 71, 2, 130 ; et sous un arrêt de cassation ; S., 72, 1, 37.

Le nouveau Code de procédure civile pour l'empire d'Allemagne, du 30 janvier 1877, qui fait partie des *Nouvelles lois judiciaires* (V. *suprà*, note 326 bis), contient un certain nombre de dispositions relatives à la compétence des tribunaux, sans faire aucune distinction entre les Allemands et les étrangers (1232 bis).

D'après le § 12, le tribunal à la compétence duquel une personne est soumise en vertu de son statut de juridiction générale, est compétent pour toutes les demandes qui seraient introduites contre elle, à moins qu'une juridiction exclusive ne soit établie pour certaines demandes. Le statut de juridiction générale est déterminé par le domicile (§ 13), et, à défaut de domicile, par le lieu de la résidence (§ 18). Le tribunal de la résidence est compétent pour toutes les demandes d'intérêt matériel dirigées contre des personnes dont la résidence est accompagnée de circonstances qui font présumer un séjour prolongé (§ 21). Signalons également la disposition du § 24, qui est ainsi conçu :

« Relativement aux demandes d'intérêt matériel dirigées contre une personne n'ayant pas de domicile dans l'empire d'Allemagne, le tribunal compétent sera celui dans le ressort duquel se trouveraient des biens de ladite personne ou l'objet litigieux. Lorsqu'il s'agit d'obligations, le domicile du débiteur sera réputé être le lieu où se trouvent les biens, et lorsqu'une chose aura été affectée à la garantie de l'obligation, aussi le lieu où se trouve cette chose. »

Les demandes tendant à faire prononcer l'existence ou la non-existence d'une convention, à obtenir son exécution ou sa résiliation, ou une indemnité pour cause d'inexécution ou d'exécution incomplète, sont de la compétence du tribunal du lieu de l'exécution de l'obligation (§ 29).

Les demandes ayant pour objet des affaires commerciales conclues pendant les foires et marchés, à l'exception cependant des marchés annuels ou hebdomadaires, sont portées devant le

tribunal du lieu des foires et marchés, si, lors de l'introduction de la demande, le défendeur ou la personne chargée de le représenter au procès séjourne à la résidence ou dans le ressort de ce tribunal (§ 30).

Les actions résultant de délits ou quasi-délits sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils ont été commis (§ 32) (Cpr. *suprà*, n^{os} 316 et 317).

Les actions ayant pour objet des droits d'hérédité, des réclamations résultant de legs ou autres dispositions à cause de mort, ou le partage de la succession, peuvent être portées devant le tribunal dont le défunt était justiciable à l'époque de son décès. La juridiction dont relève la succession peut connaître aussi des actions des créanciers de la succession pour obligations du défunt ou des héritiers comme tels, lorsque la succession se trouve encore en tout ou en partie dans le ressort du tribunal, ou lorsqu'il y a plusieurs héritiers et que la succession n'a pas encore été partagée (§ 28) (1233).

Les affaires matrimoniales, c'est-à-dire les procès qui ont pour objet la dissolution, l'invalidité ou la nullité d'un mariage, ou le rétablissement de la vie conjugale, sont de la compétence exclusive du tribunal régional à la juridiction duquel le mari est

(1233) Cpr. pour la France, *suprà*, n^{os} 340 et suiv.; pour la Belgique, n^o 435; pour l'Italie, n^o 436; pour l'Espagne, n^o 441. — V. aussi, pour la compétence en matière de société, §§ 19 et 23; pour les actions relatives à l'exploitation d'une terre ou d'un établissement commercial ou industriel, § 22; pour les actions intentées à l'occasion d'une administration de biens, § 31; pour la contrainte et les mesures provisoires, §§ 584, 613, 799, 815, 816, 822; pour les demandes reconventionnelles, § 33; pour la prorogation de compétence par l'accord exprès ou tacite des parties, §§ 38 à 40; pour la compétence en matière réelle, §§ 25 et suiv. Le § 27 porte : « Pourront également être portées devant le tribunal compétent en matière réelle, les actions personnelles qui seraient formées contre le propriétaire ou le détenteur d'un immeuble comme tel, ainsi que les actions pour dommages causés à un héritage ou pour indemnité à cause d'éviction d'un fonds ». Cpr. *suprà*, n^o 4.

soumis, à raison de son statut de juridiction générale. Si le mari a abandonné sa femme et se trouve domicilié à l'étranger, celle-ci ne peut porter sa demande devant le tribunal régional du dernier domicile en Allemagne, qu'autant que le défendeur aura appartenu à la nationalité allemande à l'époque où il a abandonné sa femme (§ 568) (1234).

Enfin, d'après le § 594, le tribunal cantonal à la juridiction duquel la personne dont l'interdiction est demandée est soumise à raison de son statut de juridiction générale, sera exclusivement compétent. La demande contre un individu appartenant à la nationalité allemande, mais n'ayant un domicile qu'à l'étranger, pourra être portée devant le tribunal cantonal de son dernier domicile dans l'empire d'Allemagne (1235).

Les mêmes règles sont suivies pour la nomination d'un conseil à un aliéné ou à un prodigue, en tant que cette nomination est

(1234) D'après les lois du grand-duché de Bade, les tribunaux d'un autre Etat ne sont pas compétents pour statuer sur l'état civil d'un citoyen badois, et notamment sur le maintien ou la dissolution de son mariage. *J. dr. int.*, 1880, p. 348, n. 1. — Cpr. pour l'Autriche, *suprà*, note 1228; pour la Suisse, note 1218; pour la Russie, *infra*, n° 446, et pour la France, un jugement du tribunal civil de la Seine, du 30 juin 1876; *op. cit.*, 1877, p. 146.

(1235) La loi prussienne du 5 juillet 1875, sur la tutelle, porte dans son article 6 : « Pour la tutelle d'un individu appartenant à une nationalité autre que la nationalité prussienne, la compétence est déterminée par le domicile d'après les articles 2 à 4. — A défaut de domicile en Prusse, le tribunal de la résidence peut prendre des mesures provisoires. Il doit organiser la tutelle, si l'Etat auquel appartient l'étranger ne s'en charge pas. — La tutelle d'un individu appartenant à une nationalité autre que la nationalité prussienne, doit être remise aux autorités de son pays, si elles la réclament. » — Article 7 : « Les mineurs nés de parents inconnus sont mis en tutelle par le tribunal dans le ressort duquel ils ont été trouvés. » — La disposition de l'article 6 s'applique également à la curatelle (art. 8). *Ann. de législ. étrang.*, 1876, t. V, p. 429 (traduction de M. Flurer). — Cpr. pour la France, *suprà*, nos 323 et 402; pour l'Angleterre, n° 437; pour la Hongrie, n° 444, p. 613.

prescrite par les dispositions du droit civil (loi introductive, § 10) (1236).

Un Code des faillites a également été voté pour tout l'empire d'Allemagne, le 10 février 1877. Nous en détachons les dispositions suivantes :

§ 64 : « La compétence pour la procédure de faillite appartient exclusivement au tribunal cantonal à la juridiction duquel le failli est soumis à raison de son statut de juridiction générale. — Si plusieurs tribunaux sont compétents, le tribunal devant lequel la demande en ouverture de la faillite a été portée en premier lieu exclura les autres. » (V. aussi §§ 134, 152, 202).

§ 207 : « Si un débiteur, sur le patrimoine duquel une procédure de faillite a été ouverte à l'étranger, possède des biens en Allemagne, l'exécution forcée sur ces biens peut avoir lieu. — Des exceptions à cette règle pourront être établies par ordre du chancelier de l'empire avec l'assentiment du Conseil fédéral. »

§ 208 : « Si un débiteur qui n'est soumis à aucun tribunal allemand à raison de son statut de juridiction générale, possède en Allemagne un établissement pour l'exploitation d'une fabrique, d'un commerce ou d'une autre industrie, la procédure de faillite pourra être ouverte sur les biens de ce débiteur qui se trouvent en Allemagne, lorsque cet établissement est investi de la faculté de conclure directement des affaires. — Il en sera de même dans le cas où le débiteur qui n'est soumis à aucun tribunal allemand à raison de son statut de juridiction générale, exploite en Allemagne, en qualité de propriétaire, d'usufruitier ou de fermier, une terre pourvue de bâtiments d'habitation et d'exploitation. — Pour la procédure, la compétence appartient exclusivement au tribunal cantonal dans le ressort duquel se

(1236) Cpr. sur la compétence en matière de questions d'état, pour la France, *suprà*, nos 388 et suiv.; pour la Belgique, nos 396 *bis*, 404 *bis*, 407 *bis*, 418, 435; pour l'Italie, n° 436; pour l'Angleterre, n° 437; pour les Etats-Unis, n° 438; pour la Suisse, n° 443.

trouve situé l'établissement ou la terre. — Lorsqu'une faillite a été ouverte à l'étranger, l'ouverture de la faillite en Allemagne pourra être déclarée sans qu'il soit nécessaire de justifier de l'insolvabilité du débiteur » (1237).

446. — D'après M. Fœlix (1238), les lois de la Russie reconnaissent, si non expressément, du moins implicitement aux étrangers le droit d'ester en justice contre d'autres étrangers. Le Digeste russe assimile, en effet, pour le règlement de la compétence, les procès entre nationaux et les procès entre Russes et étrangers (art. 2263), et soumet le Russe qui se trouve à l'étranger à la juridiction des tribunaux du pays dans ses contestations avec les indigènes (art. 2295) (1239). Ces dispositions montrent que, dans l'esprit du législateur russe, les tribunaux de chaque Etat sont compétents pour statuer sur les

(1237) M. de Savigny pensait que, même indépendamment de traités, les tribunaux des divers Etats pouvaient consacrer par leurs décisions l'universalité de la faillite. Il en donnait pour raison que ce qui était établi par des traités n'était pas une convention arbitraire, mais bien l'expression d'une *communauté de droit* entre Etats indépendants. M. Dubois, sur Carle, *op. cit.*, n. 84. — *J. dr. int.*, 1881, n° V-VI, p. 246. — V. aussi la loi prussienne sur les faillites, du 8 juin 1855, et les traités conclus par cet Etat avec d'autres pays, Carle, *op. cit.*, n°s 38 et 39. — *J. dr. int.*, *loc. cit.* — La jurisprudence allemande semblait toutefois assez éloignée d'admettre l'universalité de la faillite dans les relations internationales, autant que l'on peut en juger d'après les sentences rendues par le tribunal supérieur de commerce de l'empire allemand, établi à Leipzig, le 28 février 1871, le 13 juin 1871, et le 25 janvier 1873. V. la *Revue de jurisprudence allemande en matière de droit international privé* de M. E. Sachs, traduite par M. Clunet; *J. dr. int.*, 1874, p. 129, 246 et 250. — V. aussi la note 84 de M. Dubois, sur Carle, *op. cit.* — Cpr. pour la France et la Belgique, *suprà*, n°s 344 et s., et les notes, et n° 435; pour l'Italie, note 1169; pour l'Angleterre, note 1195; pour les Etats-Unis, Carle, *op. cit.*, n° 41; pour l'Autriche, note 1223; pour le Brésil, *infra*, note 1246.

(1238) T. I^{er}, p. 313.

(1239) *Rev. étrang. et franc. de législat.*, 1836, t. III, p. 270 et 871.

contestations qui s'élèvent dans cet Etat, peu importe que les parties soient régnicoles ou étrangères (1240).

Il y a toutefois, d'après les lois russes, des procès pour le jugement desquels la compétence des tribunaux russes est exclusive et obligatoire. Ainsi, les tribunaux étrangers sont absolument incompétents pour connaître d'une action en divorce entre des sujets russes appartenant à l'église grecque orthodoxe (1241). De même, toutes les contestations concernant le droit de possession ou de propriété sur des immeubles situés en Russie, ne sauraient être jugées que par les tribunaux russes (1242).

447. — Nous avons déjà eu l'occasion de signaler, en parlant de l'article 14, l'existence au Mexique d'un nouveau Code civil, voté le 8 décembre 1870. Ce Code, comme nous l'avons dit, établit la compétence des tribunaux du pays pour l'exécution des obligations contractées dans la république ou à l'étranger, même envers des étrangers, par des étrangers résidant sur le territoire, ou même n'y résidant pas, pourvu toutefois, dans ce

(1240) V. pour l'immunité de juridiction dont jouissent certains étrangers, et pour les assignations à des personnes domiciliées à l'étranger, *suprà*, n° 265. — V. aussi, pour la compétence en matière de faillite, une décision du quatrième départ. du Sénat, du 19 oct. 1877; *J. dr. int.*, 1881, n° III-IV, p. 186.

(1241) Cpr. pour la Suisse, *suprà*, note 1218; pour l'Autriche, note 1228; pour le grand-duché de Bade, note 1234.

(1242) Martens, *De l'exécution des jugements étrangers en Russie*; *J. dr. int.*, 1878, p. 142. — V. *suprà*, n° 279, différentes conventions conclues entre la France et la Russie, le 1^{er} avril 1874. — Des traités ont également été passés entre la Russie d'une part, la Grèce et les Pays-Bas d'autre part, en vertu desquels tous les litiges concernant la succession des citoyens de l'un des Etats dans l'autre doivent être jugés par les tribunaux et d'après les lois du pays où la succession est ouverte. Lehr, *Le droit civil russe*, p. 447. — V. aussi un traité du 12 nov. 1874 entre la Russie et l'Allemagne. *Annuaire de législat. étrang.*, 1876, t. V, p. 210. C'est la reproduction de la convention du 1^{er} avril 1874 entre la France et la Russie pour le règlement des successions; *suprà*, n° 279.

dernier cas, qu'ils y aient des biens affectés à ces obligations (1243).

448. — L'étranger domicilié au Pérou peut être traduit devant les tribunaux péruviens, en quelque endroit qu'il se trouve, et dans quelque pays que l'obligation ait été contractée, par un autre étranger domicilié ou résidant, ou même simplement de passage, en vertu de la règle : *Actor sequitur forum rei* (art. 37, C. civ.)

Si l'étranger est non domicilié, il ne peut être traduit devant les tribunaux du pays par un autre étranger, quel que soit le lieu du contrat. Cependant, M. Pradier-Fodéré (1244) estime que l'étranger domicilié peut traduire devant les tribunaux du pays un étranger, même non domicilié, qui s'y trouve et qui a contracté avec lui. Il se fonde sur ce que les étrangers domiciliés sont traités avec faveur par la loi, et sont pour ainsi dire des demi-nationaux. Partant de cette assimilation partielle, il leur étend le bénéfice de l'article 38 du Code civil, qui ne parle expressément que des Péruviens, et leur permet de citer un étranger non domicilié devant le juge du lieu où il se trouve.

Nous avons vu, à propos de l'article 14, que l'étranger, même non domicilié et absent du territoire péruvien, peut être actionné devant les tribunaux du pays, quand il s'agit d'une action réelle relative à des immeubles situés au Pérou, ou d'une action en réparation d'un délit, ou d'une faute commise par l'étranger. Il en est de même quand il s'agit d'une obligation contractée entre étrangers, même en pays étranger, et que les parties contractantes se sont soumises aux tribunaux du Pérou (art. 43, C. civ.) (1245).

(1243) V. sur ce Code, une dissertation de M. Léon de Montluc ; *Rev. dr. int.*, 1872, t. IV, p. 302 à 324 et 578 à 610.

(1244) *J. dr. int.*, 1879, p. 263.

(1245) Sur la condition des étrangers au Pérou, au point de vue de l'administration de la justice, V. Pradier-Fodéré ; *J. dr. int.*, 1879, p. 261 et suiv. — En Bolivie, une Constitution a été votée le 14 février 1878 et pro-

449. — Les lois du Brésil consacrent le principe de l'égalité civile entre l'étranger et l'indigène (1246).

Le législateur de ce pays a considéré la caution *judicatum solvi* comme une garantie accordée au défendeur, quelle que soit sa nationalité (1247).

mulguée le 15 février (*Annuaire de législat. étrang.*, 1879, t. VIII, p. 764). L'article 19 porte : « Tout homme jouit en Bolivie des droits civils. L'exercice de ces droits est réglé par la loi civile. »

(1246) V. une *Notice* par le baron d'Ourem ; *Annuaire de législat. étrang.*, 1879, t. VIII, p. 741. — V. en ce qui concerne spécialement la compétence pour connaître des demandes en nullité de mariage, une dissertation intitulée : *Le mariage au Brésil*, par le Dr Souza Bandeira Filho (traduction de M. Le Marchand) ; *J. dr. int.*, 1881, n° VII-VIII, p. 337. — Un règlement du 27 juillet 1878, sur l'exécution des jugements rendus par les tribunaux étrangers en matière civile et commerciale, consacre, en principe, l'unité et l'universalité de la faillite (art. 14). Toutefois, on a apporté plusieurs restrictions à ce principe. Aux termes de l'art. 19 : « Le jugement étranger déclaratif de faillite d'un commerçant qui aura deux établissements, l'un dans le pays de son domicile et l'autre distinct et séparé au Brésil, ne comprendra pas dans ses effets l'établissement existant au Brésil. — La faillite de cet établissement ne pourra être déclarée que par l'autorité brésilienne, et les créanciers de ce même établissement seront payés par la masse de celui-ci de préférence aux créanciers de l'établissement existant à l'étranger. » Adde art. 17, 18 et 20. *Annuaire de législat. étrang.*, 1879, p. 747 et s. V. le rapport du ministre de la justice à l'empereur ; *op. cit.*, p. 744. — V. également l'article 10 du même règlement, pour l'unité de juridiction en matière de succession. Dans les dernières conventions consulaires, on a pris pour point de départ l'unité et l'universalité de la succession, et l'on s'est rallié à la doctrine qui s'attache à la loi nationale du *de cuius*. *Op. cit.*, p. 738, n. 4, et p. 754, n. 2. Cpr. pour l'Italie, *suprà*, p. 588, *in fine*.

(1247) V. *suprà*, n° 127. — Cpr. pour la France, n°s 429 et s. ; pour la Belgique, n° 434. — Sur les règles relatives à la caution dans les autres pays, V. n°s 114 et suiv.

CONCLUSION

450. — Nous sommes arrivé au terme de cette longue étude sur la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers en matière civile et commerciale. Nous n'avons jamais eu la prétention d'exposer et de résoudre toutes les difficultés auxquelles peut donner lieu cette importante question, mais les règles que nous avons tracées suffiront, croyons-nous, pour arriver à la solution de celles que nous aurions omises ou volontairement laissées de côté.

Nous avons vu que d'après les articles 14 et 15 du Code civil, nos tribunaux sont compétents pour statuer sur les contestations soulevées entre un Français et un étranger. Il y aurait eu iniquité révoltante et déni de justice, si le législateur avait refusé à l'étranger le droit que lui confèrent expressément ou tacitement les lois de tous les pays civilisés. Mais M. Boulay de la Meurthe se trompait étrangement, à notre avis, quand, faisant un rapprochement entre la disposition de l'article 14 et celle de l'article 15, il déclarait que l'on ne pouvait porter plus loin *l'esprit de justice et d'impartialité* (1248). On aurait pu porter plus loin l'esprit d'impartialité et édicter une véritable et juste réciprocité, en n'écrivant pas l'article 14 dans notre Code civil. Cette réciprocité, nous l'avons dit, est bien plus apparente que réelle. La règle de l'article 14 constitue une dérogation exorbitante aux véritables principes, à peu près universellement

(1248) Fenet, *Discussions*, t. II, p. 146,

réprouvée, et qui ne saurait se justifier que par la faveur accordée aux nationaux et fondée sur un manque de confiance dans l'impartialité des tribunaux étrangers. Ajoutons que cette protection exagérée, bien loin d'être toujours à l'avantage des Français, se retourne souvent contre eux-mêmes. Elle éveille chez les nations étrangères une juste susceptibilité qui se manifeste, soit par des mesures de rétorsion, soit par le refus d'accorder l'*exequatur* aux jugements français rendus en vertu de la règle de compétence exceptionnelle de l'article 14. (V. *suprà*, n° 258 et p. 315.)

Nous pensons donc que l'équité et l'intérêt bien entendu des Français eux-mêmes exigent que des modifications soient apportées le plus promptement possible à notre législation actuelle. Il faut déterminer par des règles uniformes la compétence des tribunaux dans les contestations entre étrangers et nationaux, quel que soit le rôle que ces derniers jouent au procès, et enlever au Français le privilège exorbitant d'imposer à son adversaire étranger la juridiction d'un tribunal qui n'est désigné pour connaître du litige, ni par le domicile, ni même par la résidence du défendeur, ni par le lieu de la passation ou de l'exécution du contrat, ni enfin par la nature de l'action, comme en matière de société, de succession ou de faillite.

Nos lois ne contiennent aucune règle qui détermine la compétence des tribunaux dans les contestations entre étrangers. De ce silence la jurisprudence a conclu que les tribunaux français sont incompetents, en principe, pour connaître des demandes intentées par un étranger contre un autre étranger, non autorisés à établir leur domicile en France. Ce principe, d'après les motifs sur lesquels il repose, devrait logiquement conduire à décider que nos juges sont incompetents, d'une manière absolue, pour statuer sur les procès dans lesquels les deux parties sont de nationalité étrangère. Mais une telle conséquence serait trop manifestement contraire à l'équité et aux besoins de la pratique. Aussi, la jurisprudence est-elle obligée d'apporter à chaque instant à son principe des dérogations qui, pour être équitables,

n'en sont pas moins illogiques, et sont souvent commandées par la nécessité, bien plus que justifiées par une raison juridique quelconque.

En réalité, nous avons accepté la plupart des solutions données par la jurisprudence ; nous en avons seulement supprimé les contradictions, en faisant reposer ces solutions sur une base juridique qui permette de les admettre, sur l'égalité du Français et de l'étranger, en principe, au point de vue de l'administration de la justice. Rien n'empêche, à notre avis, que ce principe ne soit admis dans l'état actuel de notre législation, et si on peut l'admettre, nous croyons qu'on doit aussi l'admettre. Aucun des arguments invoqués par la jurisprudence ne nous semble concluant pour faire repousser le système que nous avons adopté. Il est le seul conforme à l'idée que l'on doit se faire de la justice, et a été consacré expressément ou implicitement par les législateurs étrangers, et spécialement par le Code italien et la loi belge de 1876. Il a été également admis en France par de nombreux jurisconsultes et publicistes, et la jurisprudence elle-même semble comprendre de plus en plus que l'ancienne conception que les tribunaux sont institués exclusivement pour les nationaux, doit faire place à un système plus libéral et plus équitable, d'après lequel la justice est un devoir supérieur qui s'impose aux nations civilisées.

M. Bonfils écrivait en 1865 : « Il est à désirer que les affaires purement politiques laissent enfin quelque trêve à nos gouvernants, et leur permettent de s'occuper d'une révision de nos lois civiles, révision partielle, mais indispensable, qui rajeunira le Code Napoléon, œuvre magnifique et durable prise dans son ensemble, mais incomplète et susceptible de modifications partielles très-importantes » (1248 *bis*).

Il est nécessaire, non-seulement de modifier les règles de compétence dans les procès entre Français et étrangers, mais encore

de combler la lacune qui existe dans nos lois, relativement aux contestations que les étrangers peuvent avoir entre eux. Une loi nous paraît nécessaire à un double point de vue : d'abord pour mettre fin aux controverses que cette question a soulevées ; ensuite pour établir certaines règles qu'il nous semble impossible d'admettre en l'absence d'un texte formel. Nous avons reconnu la compétence obligatoire de nos tribunaux dans les hypothèses prévues par les articles 59 et 420, C. pr. En dehors de ces cas, nous avons essayé d'établir que le défendeur étranger avait la faculté de décliner leur juridiction, et que, s'il l'acceptait, le tribunal avait aussi la faculté de retenir la cause ou de s'en dessaisir. Ces différentes règles nous paraissent insuffisantes. Prenons un exemple :

Nous avons parlé d'un arrêt du 13 mars 1879 (1249), par lequel la Cour de Paris s'est déclarée incompétente pour statuer sur une demande en séparation de biens entre deux époux étrangers. En droit, cet arrêt nous semble suffisamment motivé par ce fait que le défendeur avait proposé le déclinatoire d'incompétence, et qu'on ne se trouvait pas dans un cas de compétence obligatoire. Mais voyez les conséquences ! Voilà une femme française d'origine ; elle épouse un étranger en France ; le contrat de mariage est fait en France et les époux se réfèrent au régime matrimonial qui est de droit commun en France. La femme demande aux juges français la séparation de biens contre son mari qui réside en France ; mais il a plu à son mari de refuser leur juridiction, et la voilà impitoyablement renvoyée devant un tribunal inconnu, peut-être à quelques centaines de lieues de la France ! L'équité et la raison elle-même ne protestent-elles pas contre une telle solution ?

Il y a, à notre avis, une première réforme à introduire, en enlevant au défendeur étranger le droit de proposer le déclinatoire d'incompétence, dans des hypothèses où la juridiction fran-

çaise semble naturellement appelée avant toute autre à se prononcer sur le débat soulevé entre deux étrangers. Pour atteindre ce but, il faudrait décider, comme l'a fait le législateur en Belgique et en Italie, que les tribunaux seront compétents toutes les fois qu'il s'agira d'intérêts nés, de contrats passés dans le pays ou qui doivent y recevoir leur exécution. La résidence de l'étranger devrait aussi, à défaut d'un véritable domicile en France, être attributive de compétence, même pour les contrats passés en pays étranger.

Nous voudrions voir également le législateur enlever aux tribunaux français le pouvoir de refuser de juger, toutes les fois que d'une manière expresse ou tacite deux étrangers manifestent l'intention certaine de se soumettre à leur juridiction. En portant leur contestation devant nos juges, les parties ont suffisamment prouvé qu'elles trouvaient un avantage sérieux à suivre cette voie, et que leurs intérêts pourraient être gravement compromis, si elles étaient obligées d'aller plaider devant un tribunal fort éloigné. Qu'on ne nous parle pas du temps employé au préjudice des nationaux. Est-ce donc du temps perdu que celui qui est consacré par les tribunaux à rendre la justice à tous ceux qui se trouvent sur le territoire français ? Nous n'insistons pas ici, car nous avons réfuté ailleurs cette objection, qui est, à notre avis, tout à fait insuffisante pour faire obstacle à la solution que nous proposons d'admettre.

En résumé : tracer dans une loi spéciale, afin d'éviter toute difficulté, les règles de compétence des tribunaux entre étrangers, en prenant pour base l'assimilation de l'étranger au national ; étendre les cas de compétence obligatoire que nous avons signalés, et, dans les autres hypothèses, décider que le tribunal ne pourra refuser de juger, toutes les fois que les deux parties seront d'accord pour accepter sa juridiction, tel est, selon nous, le principe, telles sont les réformes qu'il est à souhaiter de voir consacrer par une disposition législative.

En attendant que cette loi, que nous appelons de tous nos

vœux, soit enfin inscrite dans nos Codes, quel est le devoir du magistrat français ? Nous ne saurions mieux faire que de répéter après M. Ballot (1250) :

« Rendre la protection égale entre les étrangers et les nationaux, les assimiler de plus en plus devant la justice française, dès que la loi n'y met pas d'obstacle, tel doit être, à notre avis, le but, j'oserai dire le devoir de notre magistrature. Ce sera entrer franchement dans cette voie, que de ne décliner jamais la tâche de rendre justice aux étrangers qui se présentent devant elle, de n'user jamais, en d'autres termes, du droit que la loi lui donne, sans lui en faire un devoir, de renvoyer les étrangers aux juges de leur nation. Le temps n'est plus évidemment où chaque peuple devait se renfermer dans la maxime égoïste du *chacun pour soi, chacun chez soi* ; le temps n'est plus où l'on pouvait dire que la justice française ne doit son temps qu'aux nationaux. Elle est la justice absolue, la justice pour tous, l'arbitre et la protectrice de tous les intérêts qui lui font appel, abstraction faite des individualités. »

(1250) *Rev. pratique*, 1860, t. X, p. 114.

TABLE DES MATIÈRES



(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage, sauf indication contraire).

Bibliographie ..	Pages.	v
Abréviations.		x1
Introduction.....		1

PREMIÈRE PARTIE.

Contestations entre Français et étrangers.

Plan général.....	1
Observation préliminaire.....	2

I. — ACTIONS RÉELLES IMMOBILIÈRES.

Immeubles situés en France, à l'étranger.....	3
Conventions diplomatiques.....	4

II. — ACTIONS MIXTES.

Peuvent être considérées comme réelles ou personnelles.....	5
---	---

III. — ACTIONS PERSONNELLES OU MOBILIÈRES.

Les mêmes règles sont applicables aux actions personnelles et réelles mobilières.....	6
---	---

CHAPITRE I^{er}.

Étranger demandeur contre un Français.

Rédaction de l'article 15. Motifs.....	7, 8
--	------

SECTION I^{re}. — QUI PEUT INVOQUER L'ARTICLE 15?

Tout étranger, domicilié en France ou à l'étranger, 9. — Cette disposition n'est pas subordonnée au principe de la réciprocité, *id.* — Elle peut être invoquée même par l'étranger dont la nation est en guerre avec la France, 10. — Par les personnes morales comme par les personnes physiques, 11. — Droit des sociétés étrangères d'ester en justice en France avant la loi du 30 mai 1857. Sociétés en nom collectif et en commandite, 12. — Sociétés anonymes. Jurisprudence de l'administration, 13. — Jurisprudence contraire des tribunaux français, 14. — Jurisprudence belge. Loi du 14 mars 1855, 15. — Loi française du 30 mai 1857, 16. — Situation des sociétés belges, 17. — Sociétés des autres pays soumises à la loi de 1857, 18. — Différence entre l'autorisation exigée par cette loi et celle dont parle l'article 37, C. com., 19. — Un traité diplomatique peut tenir lieu de décret, 20. — La réciprocité n'est pas exigée, 21. — Effets de l'autorisation, 22. — Situation des sociétés non autorisées, 23. — L'autorisation est-elle encore nécessaire depuis la loi du 24 juillet 1867? 24. — Observation sur un arrêt de Bruxelles et un jugement du tribunal de la Seine, 24 *bis*. — Observation générale sur les sociétés étrangères, 24 *ter*. — Droit d'ester en justice en France des syndics d'une faillite déclarée à l'étranger, 25. — D'un Gouvernement étranger, 26.

SECTION II. — CONTRE QUI PEUT-ON INVOQUER L'ARTICLE 15?

Contre tout Français, 27. — Même pour les obligations antérieures à l'événement qui lui a fait acquérir cette qualité, 27 *bis*. — Français domicilié à l'étranger, 28. — Français, héritier d'un étranger, 29. — Français, ministre plénipotentiaire ou consul d'un Gouvernement étranger, 30. — Contre l'étranger dont parle l'article 13, même pour les obligations antérieures à l'autorisation, 31. — Contre les personnes morales, aussi bien que contre les simples particuliers, 32.

SECTION III. — A QUELLES OBLIGATIONS S'APPLIQUE L'ARTICLE 15?

A toute obligation, civile ou commerciale, résultant d'un contrat passé en France ou à l'étranger, 33. — Obligations provenant d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, 34. — Actions réelles mobilières, 35. — Le tribunal compétent pour l'action principale l'est aussi pour les contestations incidentes, 32 *bis*, 36. — Questions d'état, 36. — Demandes en validité de saisies-arrests, *id.*

SECTION IV. — TRIBUNAL COMPÉTENT.

Application des articles 59 et 420, C. pr. 37

SECTION V.— CAUTION JUDICATUM SOLVI.

§ 1^{er}. — *Historique et fondement de la caution.*

Vient-elle du droit romain ? 38. — Ou des anciens usages germaniques ? 39. — Caution dans notre ancien droit, 39. — Travaux préparatoires, 40. — Motifs de cette garantie, 41.

§ 2. — *Qui peut la demander ? Qui la doit ?*

Garantie réservée au Français et à l'étranger dont parle l'article 13, 42. — L'étranger seul est tenu de la fournir, 43. — Tout étranger est soumis à cette obligation, à moins qu'il n'ait été autorisé à établir son domicile en France, 44, 45. — Peu importe qu'il soit ou non étranger de naissance, 45. — Peu importe sa qualité ou sa dignité, 46. — Etranger cessionnaire d'un Français, 47. — Etranger admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, 48. — Codemandeurs français et étrangers, 49. — Demandeur devenu étranger au cours du procès, 50. — L'article 16 s'applique aux personnes morales étrangères, 51. — L'étranger *demandeur principal ou intervenant* est seul tenu de fournir caution, 52. — Demandeur reconventionnel ou en garantie, 53. — Revendication d'objets saisis sur un tiers, 54. — Demande en nullité ou en main-levée d'une saisie pratiquée contre le demandeur, 54 *bis*. — Demande en validité de saisie-arrêt, 55. — Autres applications, 56. — Etranger défendeur en première instance et demandeur en appel, ou opposant à un jugement par défaut, 57. — Etranger demandeur originaire, intimé ou demandeur en appel, 58. — *Quid* de la requête civile, du pourvoi en cassation et de la tierce opposition ? 59. — Demandeur intervenant, 60.

§ 3. — *Dans quels cas la caution peut-elle être exigée ?*

En toutes matières, 61. — Demande en *exequatur* d'un jugement étranger, 62. — Poursuite en contrefaçon, 62 *bis*. — La caution est due devant toute juridiction, 63. — Exception pour les affaires commerciales, 64 à 68. — Demande en *exequatur* d'un jugement étranger en matière commerciale, 68.

§ 4. — *Quand et comment doit-on la demander ?*

Le Français peut y renoncer, 69. — L'exception doit être proposée avant toute défense au fond, 70. — Dans quel ordre doit-on proposer les différentes exceptions dont parlent les articles 166, 169, 173 et 186, C. pr. ? 70. — Peut-on la demander pour la première fois en appel ou en cassation ? 71. — Comment on la demande, 72.

§ 5. — *Quand et comment doit-elle être fournie ? — Ses obligations.*

Fixation de la somme dont elle répond. Délai pour la fournir, 73. — Qua-

lités de la caution. Comment elle est offerte et reçue, 74. — Elle ne répond que des frais et dommages-intérêts résultant du procès, 75 et 76. — La caution n'est engagée qu'envers le défendeur, 77. — Estimation par le juge des frais et dommages-intérêts, 78. — Peut-on faire élever cette estimation au cours du procès ? 79. — Les biens de la caution sont-ils grevés d'une hypothèque ? 80. — Décharge de la caution, 81.

§ 6. — *Dispenses de fournir caution.*

Renvoi à des règles déjà exposées..... 82.

A. *Dispenses résultant de la loi.*

Consignation d'une somme équivalente, 83. — Reconnaissance de dette de la part du défendeur, 84. — Gage en nantissement suffisant, 85. — Possession d'immeubles en France, 86. — *Quid* d'un fonds de commerce ? 87. — D'immeubles situés en Algérie ou en dehors du ressort de la Cour d'appel ? 88. — Les immeubles doivent avoir une valeur suffisante, 89. — Que faut-il entendre par *posséder* ? 90. — Le Français peut-il prendre inscription hypothécaire sur les biens de l'étranger ? 91, 92.

B. *Dispenses résultant de traités.*

Il faut la réciprocité diplomatique, 93. — Traité de 1760 avec la Sardaigne. Il est encore en vigueur et s'applique à l'Italie, 94. — Traités de 1828 et de 1869 avec la Suisse, 95. — Traités avec différents pays, 96. — Il n'est pas nécessaire que la dispense soit formulée d'une manière expresse, 97. — Elle ne résulte pas d'un traité qui rend les jugements français exécutoires dans un autre pays, 98. — Application aux Alsaciens-Lorrains, 99. — Les Allemands, en général, sont tenus de la caution, 100. — Le traité du 30 avril 1862 avec l'Angleterre ne dispense pas non plus de la caution, 101. — Il faut supprimer la caution *judicatum solvi*, 101 *bis*.

SECTION VI. — NATURE ET PORTÉE DE L'ARTICLE 15.

La règle de l'article 15 déroge à celles des articles 59 et 420, C. pr., 102, 102 *bis*. — L'étranger est toujours admis à s'en prévaloir, 103. — De même que le Français ne peut être privé, malgré lui, du bénéfice de cette disposition, 103, 103 *bis*. — Cette règle n'est pas d'ordre public. Le Français peut y renoncer, 104, 105. — Observation, 106. — Le Français peut être tenu d'accepter la juridiction étrangère. Traités, 107. — Deux questions à propos du traité franco-suisse de 1869, 108, 109. — Le traité de 1846 avec le grand-duché de Bade n'a pas dérogé aux règles sur la compétence, 110. — On a interprété l'article 15 dans un autre sens. Cette interprétation est-elle conforme à l'esprit de la loi ? 110 *bis*.

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

Observation, p. 141. — Dans tous les pays civilisés l'étranger est admis à poursuivre les nationaux en justice. Il est également, en général, tenu de fournir caution..... 111

Belgique.....	112 et 113
Italie.....	114 et 115
Angleterre.....	116
Pays-Bas.....	117
Portugal.....	118
Suède.....	119
Grèce.....	120
Code polonais.....	121
Autriche.....	122 et 123
Allemagne.....	124
Suisse.....	125
Pérou.....	126
Brésil.....	127
Etats-Unis.....	128
Règles approuvées par le Congrès des juristes américains...	<i>id.</i>

CHAPITRE II.

Etranger défendeur contre un Français.

SECTION I^{re}. — HISTORIQUE ET FONDEMENT DE L'ARTICLE 14.

L'article 14 déroge à la règle : *Actor sequitur forum rei*. Mauvaise rédaction de cet article, 129. — Ancien droit, 130. — Motifs de cette disposition exceptionnelle. Elle ne protège pas toujours le Français (rétorsion ; refus d'exécuter les jugements français). Il faut la supprimer, 130 *bis*.

SECTION II. — QUI PEUT INVOQUER L'ARTICLE 14?

Tout Français, peu importe de quelle manière il ait acquis cette qualité, 131. — Le peut-il pour des obligations antérieures à l'acquisition de cette qualité ? 131 *bis*. — Il peut être invoqué par le Français établi à l'étranger. Doctrine contraire de la Cour de Paris, 132. — Par les personnes morales, 133. — L'étranger ne peut s'en prévaloir, peu importe qu'il soit né étranger ou ait perdu la qualité de Français, 134 à 136. — La jurisprudence admet une solution différente pour les demandes en nullité de mariage intentées par une femme d'origine française. Critique, 134. — L'étranger admis à

domicile peut, comme le Français, invoquer ce bénéfice. Doctrine contraire de M. Massé. Critique, 136. — Peu importe qu'il soit ou non de même nationalité que son adversaire, 137. — Le peut-il pour les obligations antérieures à l'autorisation ? 138. — L'autorisation ne peut être remplacée par d'autres circonstances, 139. — Etranger assimilé au Français par un traité diplomatique, 140. — Il se peut que l'action soit intentée par une personne autre que celle qui a acquis le droit de créance, 141. — L'une et l'autre sont françaises, 141. — C'est un Français qui agit au nom d'un étranger, 142, 143. — Français héritier d'un étranger, 144, 145. — Français cessionnaire d'un étranger, 146, 147. — La jurisprudence n'est pas conséquente avec elle-même, 148. — Français cessionnaire d'une créance négociable par voie d'endossement, 149. — Jurisprudence, 150. — Endossement irrégulier ou fictif, 151. — L'article 14 est toujours applicable, dès que le Français exerce une action née directement à son profit. Applications, 152. — Etranger agissant au nom d'un Français, 153. — Etranger héritier ou cessionnaire d'un Français, 154, 155. — Observation, 156.

SECTION III. — CONTRE QUI PEUT-ON INVOQUER L'ARTICLE 14 ?

Contre tout étranger, 157. — Peu importe qu'il ait ou non connu la nationalité du créancier, 157. — Ou que son pays soit en guerre avec la France, 158. — Peu importe qu'il soit ou non étranger de naissance, 159. — Et qu'il ait ou non en France un domicile ou une résidence, 160. — On peut l'invoquer contre l'étranger, héritier d'un autre étranger ou d'un Français, 161. — Contre les personnes morales, 162. — *Quid* pour les sociétés anonymes ? Variation de la jurisprudence, 163. — Examen de plusieurs questions relatives à ces sociétés, 164, 165. — Etranger déclaré en faillite dans son pays. Action dirigée contre le syndic, 166. — Peut-on invoquer l'article 14 contre un Etat étranger ? 167. — Contre les agents d'un Gouvernement étranger ? 168. — L'Etat étranger peut accepter la juridiction française, 169. — Jurisprudence belge, 170. — Souverains étrangers, 171, 172. — Agents diplomatiques. Exemption de la juridiction locale, 173. — Ancien droit. Droit intermédiaire. Travaux préparatoires, 174. — Fondement de l'immunité de juridiction, 175. — Peut-elle être invoquée par le Français, agent d'un Etat étranger ? 176. — S'applique-t-elle aux actes de commerce ? 177. — Cette immunité s'étend aux biens de l'agent diplomatique. Difficulté entre la Prusse et les Etats-Unis, 178. — Elle s'applique aux membres de la famille et à la suite officielle du ministre, 179, 180. — *Quid* pour les gens de sa maison ? 181. — Cas où le ministre est justiciable des tribunaux français. Peut-il renoncer au privilège diplomatique ? 182 à 185. — Consuls. Sont, en principe, soumis à la juridiction locale, 185, 187.

— Exception, 186. — Traités, 188. — Règle à suivre en l'absence de traité, 189. — Consuls qui sont en même temps ministres publics, 189.

SECTION IV. — A QUELLES OBLIGATIONS S'APPLIQUE L'ARTICLE 14 ?

L'article 14 doit-il être restreint aux obligations nées de contrats ? 190. — Distinction proposée. Critique, 191. — Il n'y a pas à distinguer d'après la source de l'obligation. Applications, 192, 193. — Questions d'état, 194, 195. — Peu importe que la dette ait pris naissance en France ou à l'étranger, 196. — Mesures conservatoires. Exécutions sur les biens situés en France, 197.

SECTION V. — TRIBUNAL COMPÉTENT.

Application des articles 59 et 420, C. pr., 198. — *Quid* si le défendeur n'a ni domicile ni résidence en France ? Différents systèmes. Il faut admettre la compétence du tribunal du demandeur, 199. — Même quand le contrat a été passé en France, 200. — *Quid* quand le demandeur n'a pas de domicile ou de résidence en France ? 201. — Cas où le Français a plusieurs débiteurs, 202. — Assignations aux étrangers, 203.

SECTION VI. — PORTÉE DE L'ARTICLE 14.

Il déroge aux règles de compétence de l'article 59, C. pr. 204. — Application en matière de société, 205. — De succession. Il faudrait admettre l'unité de juridiction, 206. — En matière de faillite. Un seul tribunal devrait être tenu pour compétent, 207. — L'article 14 déroge à l'article 420, C. pr., 208.

SECTION VII. — NATURE DE L'ARTICLE 14. RENONCIATION.

Cette disposition n'est pas d'ordre public. On peut y renoncer, 209. — La renonciation peut être expresse, 210. — Ou tacite. Question de fait appréciée souverainement par les tribunaux. Exemples, 211. — Clause insérée dans les statuts d'une société, attribuant compétence aux tribunaux étrangers. Est-elle opposable aux actionnaires ? 212. — Aux tiers créanciers de la société ? 213. — Clause semblable dans un tarif international entre plusieurs compagnies de chemins de fer, 213 *bis*. — Clause compromissoire. Vaut-elle comme renonciation ? 214. — La citation devant un tribunal étranger emporte-t-elle renonciation ? Confusion à éviter. Litispendance, 215. — Elle vaut renonciation, *en principe*, 216. — A plus forte raison quand le jugement a été rendu à l'étranger. Autre confusion à éviter. Autorité de la chose jugée, 217. — La citation à l'étranger n'emporte pas nécessairement renonciation, 218. — Exemples, 219, 220. — C'est donc à tort que l'on a voulu résoudre cette question en droit et d'une manière absolue, 221. — Portée de la renonciation, 221 *bis*. — Observations générales, 222, 223. — Nature de l'incompétence résultant de la renonciation, 224.

SECTION VIII. — TRAITÉS QUI DÉROGENT A L'ARTICLE 14.

Des règles particulières de compétence peuvent être écrites dans les traités, 225. — Traité du 18 juillet 1828 avec la Suisse, 226. — Difficultés soulevées à propos de ce traité, 227, 228. — Traité du 15 juin 1869. Article 1^{er}, 229 à 233. — S'applique-t-il aux questions d'état? (renvoi) 233. — Portée de cet article, 234, 235. — Cas où le défendeur suisse peut être actionné devant les tribunaux français, 235 à 240. — Article 2 du traité de 1869 (renvoi), 240. — Article 3. Compétence du tribunal du domicile élu, 241. — Article 5. Actions relatives aux successions, 242 à 246. — Articles 6 et suivants (renvoi), 246. — Article 11. Son but et sa portée, 247. — Article 20. Signification des exploits et autres actes de procédure, 248. — Ce traité n'a été conclu que pour dix ans, 249. — Traités conclus avec d'autres Etats, 250. — Conventions diplomatiques qui ne dérogent pas à la règle de l'article 14, 251. — Il faut écarter l'application de cet article par des traités, 251. — L'incompétence qui résulte d'un traité n'est pas d'ordre public, 252. — *Quid* en ce qui concerne le traité franco-suisse du 15 juin 1869? 253.

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

La règle de l'article 14 n'est pas admise, en général, dans les pays étrangers.....	254
Pays-Bas.....	255
Pologne.....	256
Belgique.....	257
Italie.....	258
Angleterre.....	259
Ecosse.....	259 bis
Espagne et Portugal.....	260
Danemark.....	261
Suède.....	261 bis
Suisse.....	262
Allemagne.....	263
Autriche.....	264
Russie.....	265
Pérou.....	266
Mexique.....	267
Etats-Unis.....	268
Règles approuvées par le Congrès des juristes américains.....	269
Les législations étrangères ne parlent pas, en général, des consuls. Motif.....	270

DEUXIÈME PARTIE.

Contestations entre étrangers.

Importance et difficultés de la question. Plan général. Pages. 331 et 332

I. — ACTIONS RÉELLES IMMOBILIÈRES.

Compétence du tribunal de la situation..... 271

II. — ACTIONS MIXTES.

Peuvent être considérées comme réelles ou personnelles..... 272

III. — ACTIONS PERSONNELLES OU MOBILIÈRES.

L'action réelle mobilière doit être assimilée à l'action personnelle, au point de vue de la compétence, 273.— Division du sujet, 273 *bis*.

CHAPITRE I^{er}.

Traités diplomatiques.

Traité franco-suisse du 18 juillet 1828, 274. — Traité du 15 juin 1869. L'article 1^{er} ne s'applique qu'aux contestations entre Suisses et Français, 274 *bis*. — Article 2. S'applique-t-il aux questions d'état? 274 *ter*. — Les tribunaux français sont-ils absolument incompétents en dehors des termes de cet article? 275. — Contestations entre Suisses et étrangers d'une autre nation, 275 *bis*. — Articles 3, 5, 6 à 11 (renvoi), 276. — Traités avec différents Etats étrangers, 277. — Difficulté relative à l'interprétation de ces conventions diplomatiques, 278. — Traité du 11 janvier 1787 avec la Russie. Est-il encore en vigueur? Différentes conventions conclues avec le même pays, le 1^{er} avril 1874, 279. — Traités qui n'attribuent pas compétence aux tribunaux français, 280, 281. — La simple réciprocité ne suffit pas, 282. — Importance pratique des traités dont il a été parlé, 283.

CHAPITRE II.

Etrangers domiciliés avec autorisation du Gouvernement.

Ils sont assimilés aux Français pour la jouissance des droits civils, 284. — L'autorisation peut-elle être tacite? 287. — Ils peuvent invoquer le bénéfice de l'article 14, 285. — Ils sont soumis à la juridiction française, 286. — *Quid* pour les obligations antérieures à l'autorisation? (renvoi), 288.

CHAPITRE III.

Etrangers non autorisés à établir leur domicile en France.

Principe. — Discussion générale.

Règles suivies dans notre ancien droit, 289. — Travaux préparatoires, 290. — En l'absence de toute disposition législative, on peut et on doit admettre le principe de la compétence, 291, 292. — 1^{re} objection : La justice n'est due qu'aux nationaux. Réfutation, 293. — 2^e objection : Ce serait entraver l'expédition des affaires qui concernent les Français. Réfutation, 294. — 3^e objection : C'est aux tribunaux étrangers qu'il appartient d'appliquer les lois étrangères. Le juge français ne peut connaître la législation de tous les pays. La dignité de la justice pourrait être compromise par la fausse application de ces lois et la contradiction entre plusieurs jugements. Réfutation, 295. — La condamnation du système de la jurisprudence se trouve dans la jurisprudence elle-même, qui apporte de nombreuses dérogations à son principe, 296. — Et qui admet qu'il ne s'agit pas d'une incompétence d'ordre public, 297. — Peut-on résoudre la question par la règle : *Actor sequitur forum rei* ? 298. — Résumé. Règles à suivre pour déterminer la compétence à l'égard des étrangers, 299. — Doctrine des auteurs. Etat de la jurisprudence française et belge, 300. — Division du sujet, 300.

SECTION I^{re}. — COMPÉTENCE OBLIGATOIRE.

§ 1^{er}. — *Etrangers domiciliés sans autorisation.*

L'étranger peut avoir un véritable domicile en France. Doctrine et jurisprudence françaises, 301, 302. — Jurisprudence belge, 303. — Ce domicile ne lui permet pas d'invoquer le bénéfice de l'article 14, 304. — Mais il le soumet à la juridiction des tribunaux français, 305. — Cette solution est adoptée par ceux-là mêmes qui ne reconnaissent à l'étranger qu'un domicile *de fait* en France, 306. — Cette solution n'est pas juridique dans le système des auteurs et des arrêts qui admettent le principe de l'incompétence, 307. — Le tribunal du domicile est-il compétent pour les questions d'état ? 308. — La résidence tient lieu de domicile quand il est inconnu, 309. — *Quid* pour les obligations antérieures à l'établissement du domicile ou de la résidence en France ? 310. — *Quid* si l'étranger a une résidence en France et un domicile connu à l'étranger ? 311. — Jurisprudence belge, 312. — *Quid* si l'étranger n'a ni domicile ni résidence connus ? 313. — Election de domicile, 314.

§ 2. — *Lois de police et de sûreté. — Ordre public. — Mesures provisoires et conservatoires. — Saisie-arrêt.*

L'étranger est soumis aux lois de police et de sûreté, 315. — Action civile en réparation du dommage causé par un délit, 316. — Quasi-délits, 317. — Ordre public. Obligation de cohabitation des époux, 318, 319. — Puissance paternelle. Protection due à l'enfant, 320. — Demande en aliments, 321. — Demande en nullité d'un brevet, 322. — Mesures provisoires dans l'intérêt des personnes, 323 à 325. — Mesures destinées à assurer la conservation des biens, 325 à 327. — Jurisprudence belge, 327. — Saisie-arrêt. Compétence des tribunaux français pour l'autoriser, 328 à 330. — Peu importe que le tiers saisi soit français ou étranger, 330. — Sont-ils compétents pour statuer sur la validité de cette saisie? 331 à 334. — Droits du tiers saisi français, 335. — Jurisprudence française, 334. — Jurisprudence belge, 336.

§ 3. — *Application de l'article 59, § 2, C. pr.*

Motifs de cette disposition. Conditions. Elle s'applique aux étrangers, 337. — Cette solution est admise par la jurisprudence. Critique, 338.

§ 4. — *Compétence en matière de société.* Art. 59, § 5, C. pr.

L'article 59, § 5, C. pr. est applicable aux étrangers, 339.

§ 5. — *Compétence en matière de succession.* Art. 59, § 6, C. pr.

Compétence des tribunaux français quand la succession est ouverte en France, 340. — Incompétence quand elle est ouverte à l'étranger, 341. — Mesures conservatoires. Pouvoirs des consuls. Traités, 342. — Conventions diplomatiques pour le règlement des successions, 343.

§ 6. — *Compétence en matière de faillite.* Art. 59, § 7, C. pr.,
437, 438, 440, C. com.

Quel est le tribunal compétent pour déclarer la faillite d'un étranger? 344. — Détermination du principal établissement. Affaire du Crédit foncier suisse, 345. — La faillite peut-elle être déclarée par plusieurs tribunaux? 346. — Application pratique de l'unité de la faillite au point de vue de la juridiction, 347. — Tribunal compétent pour connaître des actions intentées à la suite du jugement déclaratif de faillite, 348. — Jurisprudence belge, notes 893, 907, 911, 918. — Traité franco-suisse du 15 juin 1869, 349. — Résumé. L'unité de juridiction doit être admise dans les traités, 349 bis.

§ 7. — *Demandes incidentes. — Intervention. — Demandes en garantie.*

Le tribunal compétent pour la question principale l'est aussi pour les

questions incidentes, 350. — Demandes reconventionnelles, 351. — Intervention, 352. — Demandes en garantie, 353. — Jurisprudence. Critique. Son principe doit conduire à l'incompétence, 354.

§ 8. — *Compétence en matière commerciale.* Art. 420, C. pr.

Les tribunaux français sont compétents dans les cas prévus par l'article 420, 355 à 358. — Etranger qui a une maison de commerce en France et son domicile à l'étranger, 358. — Fondement de cette compétence, 359. — Jurisprudence. Elle se prononce aujourd'hui dans le sens de la compétence. Critique. Il n'y a pas lieu de distinguer entre les affaires commerciales et les actes purement civils, 360. — Jurisprudence belge. Observations sur plusieurs arrêts, 361. — *Quid* si l'on se trouve en dehors des cas prévus par l'article 420 ? 362. — Mesures provisoires et conservatoires, 363.

§ 9. — *Extranéité acquise frauduleusement.*

Elle ne peut être invoquée pour décliner la juridiction des tribunaux français, 364.

§ 10. — *Exécutions.*

Compétence des tribunaux français pour donner la force exécutoire aux actes émanés d'une autorité étrangère, 365. — Sont-ils compétents pour réviser le jugement rendu entre deux étrangers ? 366. — Jurisprudence. Critique. Son principe devrait conduire à l'incompétence pour réviser le jugement, 366. — Actes d'exécution sur les biens situés en France. Saisie-arrêt (renvoi), 367.

SECTION II. — COMPÉTENCE FACULTATIVE.

§ 1^{er}. — *Principe.*

Observation sur les règles précédentes, 368. — Système de la compétence facultative. Il peut se résumer en deux règles, 369.

PREMIÈRE RÈGLE. — L'étranger non domicilié, (en dehors des cas de compétence obligatoire), peut décliner la compétence des tribunaux français, 370. — Caractère de l'exception d'incompétence, 371. — Quand doit-elle être opposée ? L'incompétence est-elle d'ordre public ? 372. — Opinion de M. Massé, 373. — La jurisprudence admet que l'incompétence est *ratione personæ*. Critique, 374. — *Quid* si le tribunal se déclare compétent, malgré le déclinatoire d'incompétence ? 375. — L'étranger défendeur peut accepter la juridiction des tribunaux français. Inconséquence de la jurisprudence, 376. — Cette acceptation peut être expresse ou tacite, 377.

DEUXIÈME RÈGLE. — Quand le défendeur accepte la juridiction française, le tribunal a le droit de juger, 378. — Nouvelle critique de la jurisprudence,

379. — Le tribunal est-il tenu de juger ? Théorie de Rocco, 380. — Le juge n'est pas lié par le consentement des parties, 381. — Exception, 382. — Jurisprudence belge, 383.

§ 2. — Applications.

Les tribunaux, pour accepter ou refuser de juger, se fondent sur la nature de la question en litige, ou sur le lieu où le contrat a été passé ou doit être exécuté, 384. — Actes faits à l'étranger, 385. — Actes faits en France, 386. — Ou qui doivent y être exécutés, 387. — Questions d'état. C'est surtout en cette matière que le principe de l'incompétence a été appliqué, 388. — On apporte généralement une exception à cette règle, 389. — Les tribunaux sont certainement compétents pour ordonner des mesures provisoires, 390. — Le sont-ils pour statuer au fond ? Différents principes qui ont été proposés, 391. — Il faut admettre la compétence du tribunal du domicile, 392. — *Quid* si l'étranger n'a en France qu'une simple résidence ? 393, 394. — Arguments invoqués en faveur de l'incompétence dans les questions d'état. Réfutation, 395, 396. — Jurisprudence belge, 396 *bis*. — Applications. Questions d'état incidentes, 397. — Naturalisation, 397 *bis*. — Action en réclamation ou en contestation d'état, 398, 399. — Action en contestation de légitimité, 400. — Action en désaveu, 401. — Tutelle, 402, 403. — Interdiction, 404. — Jurisprudence belge, 404 *bis*. — Dispositions du traité franco-suisse du 15 juin 1869 sur la tutelle et l'interdiction, 405. — Y a-t-il lieu d'apporter des modifications au traité ? 406. — Conseil judiciaire, 407. — Jurisprudence belge, 407 *bis*. — L'article 10 du traité de 1869 s'applique-t-il à la demande en dation d'un conseil judiciaire ? 407 *ter*. — Absence. Mesures conservatoires, 408. — Déclaration d'absence, 409, 410. — Demande en main-levée d'une opposition à mariage, 411. — Autorisation de femme mariée, 412. — Demande en nullité de mariage, 413. — Séparation de corps, 414 à 417. — Jurisprudence française, 417. — Jurisprudence belge, 418. — Séparation de biens, 419 à 423. — L'incompétence en matière de questions d'état n'est pas d'ordre public, 423, 424. — Système de Dalloz, 425. — Le système de l'incompétence *ratione personæ* semble prévaloir dans la jurisprudence, 426. — Critique de cette jurisprudence, 427. — Tendance des tribunaux français à rendre la justice aux étrangers, 428.

CAUTION JUDICATUM SOLVI.

Peut-elle être exigée par le défendeur étranger ? Cas dans lesquels la question ne peut être douteuse, 429. — Dans un premier système, on enseigne que la caution est due. Exposé de ce système, 430. — Il faut refuser

à l'étranger le droit d'exiger la caution. Arguments. Réfutation de l'autre système, 431. — Résumé de la discussion, 432. — Jurisprudence française, 433. — Jurisprudence belge, 434.

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

Belgique.....	435
Italie.....	436
Angleterre.....	437
Etats-Unis.....	438
Pays-Bas.....	439
Suède.....	440
Espagne.....	441
Portugal.....	442
Suisse.....	443
Autriche.....	444
Allemagne.....	445
Russie.....	446
Mexique.....	447
Pérou et Bolivie.....	448
Brésil.....	449
Conclusion.....	450



POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — La *stipulatio debiti* qui ne peut opérer novation faute d'une dette à éteindre, a néanmoins la puissance de créer une obligation lorsqu'elle porte sur un objet déterminé.

II. — L'identité d'objet, *idem debitum*, était une condition nécessaire de la novation.

III. — L'*animus novandi* n'était pas un élément essentiel de la novation, du moins au temps de Gaius et à l'époque antérieure.

IV. — La Constitution 8, au Code, liv. VIII, tit. 42, *De novationibus*, n'exige pas que l'intention de nover soit exprimée en termes formels.

V. — La novation faite par l'un des *correi stipulandi* est-elle opposable aux autres créanciers? Il y avait controverse sur ce point entre les jurisconsultes romains. On ne peut concilier les lois 27, pr., *De pactis*, liv II, tit. 14, et 31, § 1^{er}, *De novationibus*, liv. XLVI, tit. 2.

VI. — Il faut reconnaître également l'existence d'une controverse sur le point de savoir si la demeure était purgée par la stipulation conditionnelle *novandi causâ*.

VII. — Le délégué peut-il opposer au délégataire les exceptions dont il pouvait se prévaloir contre le déléguant? Pour

résoudre cette question il faut s'attacher, non-seulement à l'intention des parties, mais encore à la formule qu'elles ont employée, et aussi à la nature des exceptions.

VIII. — Le contrat *litteris* ne constitue pas une forme de novation.

IX. — La *litis contestatio* constituait un mode d'extinction *sui generis*, plutôt qu'une novation véritable.

X. — La sentence d'absolution ne laisse pas subsister une obligation naturelle qui pourrait recevoir une sanction indépendante de l'adhésion du débiteur.

DROIT FRANÇAIS

HISTOIRE DU DROIT.

La Pragmatique Sanction attribuée à Saint Louis n'est pas authentique.

DROIT CIVIL ET DROIT INTERNATIONAL.

I. — La reconnaissance forcée d'un enfant naturel tombe, comme la reconnaissance volontaire, sous l'application de l'article 337.

II. — La légitimation résulte du mariage putatif qui doit, même sous ce rapport, être assimilé à un mariage régulièrement contracté.

III. — L'immeuble donné aux deux époux conjointement pendant le mariage ne tombe pas dans la communauté.

IV. — La disposition du premier alinéa de l'article 1408 s'applique à toute acquisition d'une ou de plusieurs portions indivises d'un immeuble dont l'un des époux est copropriétaire, alors même que l'acquisition n'a pas fait cesser l'indivision d'une manière complète.

V. — La loi du 24 juillet 1867 qui affranchit, en principe, les

sociétés anonymes françaises de la nécessité de l'autorisation, n'a ni expressément, ni tacitement abrogé la loi du 30 mai 1857 en ce qui concerne les sociétés étrangères du même genre.

VI. — L'étranger qui possède en France des immeubles d'une valeur suffisante est dispensé de fournir caution, sans que le Français soit autorisé à prendre inscription hypothécaire sur ces biens.

VII. — Le Français défendeur peut revendiquer le bénéfice de la juridiction française contre son adversaire étranger; mais il peut aussi renoncer à ce bénéfice.

VIII. — Le Français établi à l'étranger peut se prévaloir du bénéfice de l'article 14.

IX. — L'étranger autorisé à établir son domicile en France, peut également se prévaloir de cette disposition exceptionnelle, même contre un autre étranger appartenant au même pays que lui, mais seulement pour les obligations contractées après qu'il a obtenu cette autorisation.

X. — L'article 14 ne peut être invoqué par le Français cessionnaire d'un étranger, alors du moins qu'il s'agit d'une créance non transmissible par voie d'endossement.

XI. — Bien que les sociétés anonymes étrangères non autorisées en France ne puissent ester en justice comme demandresses, elles peuvent cependant être actionnées devant les tribunaux français, aux termes de l'article 14.

XII. — Les tribunaux français ne sont pas compétents pour valider une saisie-arrêt pratiquée en France sur des sommes dues à un Gouvernement étranger.

XIII. — Le Français, ministre d'un Gouvernement étranger, jouit de l'immunité diplomatique au point de vue de la juridiction.

XIV. — Un Français ne pourrait, en se fondant sur l'article 14, s'adresser aux tribunaux français pour faire prononcer l'interdiction d'un étranger qui n'a en France ni domicile ni résidence. Il en serait de même pour la dation d'un conseil judiciaire.

XV. — Le Français renonce au bénéfice de l'article 14 en portant sa demande devant les tribunaux étrangers. Mais ce principe n'est pas absolu ; il est susceptible de recevoir des exceptions d'après les circonstances.

XVI. — Le Suisse qui fait une société en France avec des Français peut, malgré le traité franco-suisse du 15 juin 1869, être actionné par ses coassociés devant le tribunal français du siège de la société.

XVII. — L'article 2 de cette convention s'applique aux demandes relatives à l'état des personnes.

XVIII. — En dehors des cas prévus par le traité de 1869, les tribunaux français ne sont pas tenus de se déclarer d'office incompétents, lorsque les deux parties acceptent leur juridiction.

XIX. — L'étranger peut avoir un véritable domicile en France sans autorisation du Gouvernement.

XX. — Le syndic d'une faillite déclarée à l'étranger peut pratiquer une saisie-arrêt en France en vertu du jugement étranger, avant même qu'il ait été rendu exécutoire par les tribunaux français.

XXI. — Les tribunaux français ne sont pas compétents pour valider une saisie-arrêt pratiquée en France par un étranger à la charge d'un étranger non domicilié, toutes les fois qu'ils sont incompétents pour statuer au fond et qu'il ne s'agit pas pour le créancier de l'exécution d'un titre paré.

XXII. — Ils sont, au contraire, compétents pour connaître des actions héréditaires relatives à une succession ouverte en France, quelle que soit la nationalité des parties en cause, et alors même que la succession comprendrait des immeubles situés à l'étranger.

XXIII. — Le seul fait que le contrat a été passé en France n'impose pas aux tribunaux français l'obligation de prendre connaissance de la contestation portée devant eux par deux étrangers.

XXIV. — Nos tribunaux sont compétents pour prononcer la séparation de corps entre deux époux étrangers domiciliés en France.

XXV. — Le système de la jurisprudence conduit logiquement à admettre l'incompétence des tribunaux français pour connaître des contestations entre deux étrangers lorsqu'elles sont relatives à l'état ou à la capacité, alors même que les parties auraient été autorisées à établir leur domicile en France.

PROCÉDURE CIVILE.

I. — L'étranger demandeur n'est pas tenu de fournir la caution *judicatum solvi* au défendeur étranger, non autorisé à établir son domicile en France.

II. — Le tribunal du domicile du demandeur est le tribunal compétent pour connaître des actions intentées par un Français contre un étranger qui n'a en France ni domicile ni résidence.

III. — L'incompétence des tribunaux français pour connaître des procès relatifs à l'état des étrangers est une incompétence *ratione personæ*.

IV. — Le principe de la jurisprudence conduit logiquement à décider que, dans toute contestation entre étrangers, l'incompétence des tribunaux français est *ratione materiæ*.

DROIT COMMERCIAL.

I. — L'assureur français d'un navire étranger a contre l'étranger, auteur de l'abordage, une action directe et personnelle, et peut dès lors invoquer le bénéfice de l'article 14 du Code civil pour le traduire devant les tribunaux français.

II. Les tribunaux français sont incompétents pour déclarer en faillite un étranger qui n'a en France qu'une simple résidence ou un établissement de commerce secondaire.

DROIT CRIMINEL.

I. — L'étranger peut poursuivre la réparation d'un délit commis à son préjudice en France par un autre étranger, soit

devant les juges déjà saisis de l'action publique, soit séparément devant la juridiction civile, alors même que le défendeur n'aurait ni domicile ni résidence en France.

II. — Le jugement rendu au nom d'une souveraineté étrangère, qu'il acquitte, absolve ou condamne un étranger pour un délit commis en France, ne fait pas obstacle à ce que de nouvelles poursuites soient exercées en France contre l'auteur du fait délictueux.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. — Le concessionnaire d'une mine, qui est en même temps propriétaire du sol au-dessous duquel se fait l'exploitation, est responsable envers les propriétaires voisins du dommage résultant pour ceux-ci des travaux de la mine, et notamment du tarissement des sources que leurs propriétés renferment.

II. — L'autorité judiciaire est compétente pour statuer sur les demandes en dommages-intérêts formées par des tiers contre les entrepreneurs d'établissements dangereux, insalubres ou incommodes, et fondées sur des faits, soit de *dommage matériel*, soit de *dommage moral*, consistant dans la dépréciation de la propriété.

VU PAR LE PRÉSIDENT DE L'ACTE PUBLIC,

Nancy, le 27 mai 1882.

A. LOMBARD.

VU PAR LE DOYEN,

Nancy, le 27 mai 1882.

E. LEDERLIN.

Vu et permis d'imprimer :

Nancy, le 30 mai 1882.

LE RECTEUR,

M. MOURIN.

SUPPLÉMENT

La suppression par la loi du 24 juillet 1867 de l'autorisation préalable a eu pour conséquence d'habiliter, sans aucune autorisation du Gouvernement français, les sociétés anonymes étrangères à exercer leurs droits en France.— Autrement, les sociétés anonymes étrangères constituées dans des pays où l'autorisation préalable a été supprimée, ne pourraient agir en France faute de pouvoir produire l'autorisation de leur Gouvernement. — La loi du 30 mai 1857 ne subsiste que pour les sociétés étrangères établies avant la promulgation de la loi du 24 juillet 1867, et pour les sociétés étrangères, même constituées postérieurement, qui, à raison de leur objet, devraient être autorisées si elles étaient françaises, en vertu de l'article 66 de la loi du 24 juillet 1867. Paris, 8 juillet 1881 ; S., 81, 2; 169. — V. aussi, trib. civ. Seine, 11 mars 1880, et Paris, 28 février 1881, *Le Droit*, 16 mars 1881.

Nous pensons, au contraire, que la loi du 30 mai 1857 n'a pas été modifiée par la suppression en France de l'autorisation préalable (V. *suprà*, n° 24, p. 34), et que les sociétés anonymes des pays où cette autorisation n'est plus exigée, peuvent et doivent toujours avoir obtenu l'autorisation en France pour être admises à y exercer leurs droits. V. dans ce sens les *observations* de M. Lyon-Caen, sous l'arrêt de Paris du 8 juillet 1881. — V. aussi *suprà*, n° 24 bis, p. 35.

Le traité du 30 avril 1862 avec l'Angleterre, en autorisant les sociétés anglaises à exercer leurs droits en France, à la condition *de se conformer aux lois de l'Etat*, n'a pas entendu les soumettre aux prescriptions relatives à la constitution des sociétés en France. Lyon, 7 janvier 1881; Dal., 81, 2, 153.

L'exécuteur testamentaire français est fondé à réclamer d'un demandeur étranger la caution *judicatum solvi*, alors même que le testament est fait en faveur d'un étranger. Paris, 24 décembre 1880; *Le Droit*, 24 novembre 1881.

Les tribunaux civils étant exclusivement compétents pour statuer sur la validité d'une saisie-arrêt, alors même que, par la nature commerciale de la créance, le surplus des contestations entre le saisissant et le saisi pourrait rentrer dans la compétence de la juridiction consulaire, l'étranger qui a pratiqué en France une saisie-arrêt sur des Français est tenu de fournir la caution *judicatum solvi*. Trib. civ. Seine, 9 février 1881; *Le Droit*, 11 décembre (V. *suprà*, n° 65, p. 85).

Une convention conclue entre la France et l'Allemagne, le 20 février 1880, promulguée par décret du 11 mars 1881, dispense de l'obligation de fournir caution les sujets de l'un des deux Etats qui ont été admis dans l'autre au bénéfice de l'assistance judiciaire. S., 81, *Lois annotées*, p. 101 (V. *suprà*, n° 96, p. 120).

Le traité de 1862 entre la France et l'Espagne dispense les Espagnols de fournir caution devant les tribunaux français. Trib. civ. Seine, 2 avril 1881; *Le Droit*, 23 octobre (V. *suprà*, n° 97, p. 120).

La caution *judicatum solvi* ne peut être exigée par l'étranger défendeur. Paris, 24 décembre 1880; *Le Droit*, 24 novembre 1881 (V. *suprà*, n°s 430 et 431).

Les syndics d'une faillite déclarée à l'étranger peuvent ester en justice en France, avant que le jugement ait été rendu exécutoire par les tribunaux français. Paris, 28 février 1881; *Le Droit*, 16 mars. (V. *suprà*, n° 25, p. 36).

Les articles 136 et 137 du Code de commerce, relatifs aux endossements des lettres de change, ne font aucune distinction entre celles dont l'échéance est ou n'est pas arrivée. Dans le silence de la loi, on ne peut faire cesser, après l'échéance d'une valeur, le caractère que le législateur y attache d'une manière absolue. Trib. civ. Seine, 23 juin 1881 ; *Le Droit*, 23 juillet (V. *suprà*, n° 151, p. 195).

Le tribunal compétent pour déclarer la faillite d'une société et connaître de la suite des opérations de ladite faillite n'est pas nécessairement celui du siège social, mais celui du lieu où la société avait son principal établissement. Req. règl., 9 août 1881 ; *Le Droit*, 14 décembre 1881 (V. *suprà*, n° 345, p. 441).

Les tribunaux français sont compétents pour connaître d'un litige entre deux étrangers, lorsque le défendeur a son domicile en France et que c'est également en France qu'a été faite la remise des valeurs ayant donné naissance au procès. Req. rej., 19 décembre 1881 ; *Le Droit*, 19 et 20 décembre (V. *suprà*, n° 305, p. 398).

Les tribunaux français ne sont pas tenus de connaître des litiges entre étrangers (V. *suprà*, n°s 293 et s., p. 364 et s.), et ils sont particulièrement fondés à en décliner l'examen lorsqu'ils touchent à des questions d'état ou de capacité qui doivent être réglées suivant la loi étrangère (demande en nullité de mariage). Trib. civ. Seine, 27 décembre 1881 ; *Le Droit*, 28 décembre (V. *suprà*, n°s 388 et s., p. 505 et suiv., et n° 413, p. 542). — V. aussi, Paris, 7 mai 1875, sur cassat., S., 81, 1, 397.

Le traité du 7 janvier 1862 avec l'Espagne, qui accorde aux Espagnols un libre et facile accès aux tribunaux français, se place exclusivement au point de vue des intérêts matériels et ne s'applique pas aux questions relatives à l'état des personnes. Trib. civ. Seine, jugement cité (V. *suprà*, n° 277, p. 344).

L'acceptation par une femme, devenue étrangère par son mariage, de la juridiction française sur une demande en séparation de corps formée contre elle, ne s'oppose pas à ce qu'elle excipe de

son extranéité pour être jugée selon son statut personnel sur une nouvelle demande formée contre elle par son mari, dans le but de lui faire nommer un conseil judiciaire (V. *suprà*, n° 407, p. 530). — La demande de sursis par la femme, jusqu'à ce qu'elle ait été pourvue d'une autorisation qu'elle jugeait nécessaire pour ester en justice, ne saurait être considérée comme une défense au fond couvrant l'exception d'incompétence proposée. Trib. civ. Seine, 22 novembre 1881 ; *Le Droit*, 27 novembre (Cpr. *suprà*, n° 423 et s., p. 554 et s).

BELGIQUE. — Le patron, propriétaire d'une chaloupe qui, bien que conservant son domicile en Angleterre, vient, pour échapper aux poursuites d'un créancier, vendre habituellement le produit de sa pêche à Ostende, a une résidence en Belgique. En conséquence, aux termes de l'article 52, n° 2, de la loi du 26 mars 1876, son créancier étranger peut l'assigner devant le juge belge en paiement de sa dette contractée en Angleterre. Cour de Gand, 7 décembre 1876 ; *Rev. dr. int.*, t. XIII, 1881, 1^{re} livraison, p. 66 (V. *suprà*, p. 581).

L'étranger demandeur étant dispensé de fournir la caution *judicatum solvi* en matière commerciale, il en est ainsi, même lorsque sa demande est portée devant un tribunal civil et tend à faire déclarer exécutoire en Belgique un jugement étranger rendu en matière commerciale. Cour de Bruxelles, 28 avril 1879 ; *op. et loc. cit.*, p. 67 (V. *suprà*, n° 68, p. 87).

Le chiffre auquel est fixée la caution *judicatum solvi* est sans influence sur la recevabilité de l'appel du jugement rendu sur la demande de caution. Cet appel suit, quant à la recevabilité, le sort de la demande principale, comme tout jugement sur incident. Gand, 1879, et Liège, 12 février 1880 ; *op. et loc. cit.*

PAYS-BAS. — Sur la compétence des Cours et tribunaux des Pays-Bas à l'égard des étrangers et l'immunité des agents diplomatiques, V. une dissertation de M. Hingst, dans la *Revue de droit international*, t. XIII, 1881, 4^e livraison, p. 401 et suiv. (V. *suprà*, n° 439, p. 602).

SUISSE. — V. une dissertation de M. Alfred Martin sur la séparation de corps et le divorce des étrangers en Suisse ; *op. cit.*, 6^e livraison, p. 598 et s. (V. *suprà*, n° 443, p. 606 et s.).



ERRATA

Page 16, note 20, et page 17, note 23. Au lieu de : Dal., lisez : Dal., *Répert.*, c'est-à-dire : *Répertoire alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence.*

Page 41, note 58. Supprimez la note depuis : Voyez également.

Page 48, note 69. Au lieu de : Gaius, t. IV, lisez : Gaius, C. IV.

Page 291, note 585 *bis*. Au lieu de : V. n° 274 *bis*, lisez : V. n° 274 *ter*.

Page 484, treizième ligne. Au lieu de : V. nos 423 et s., lisez : V n° 426.

Page 607, note 1216, onzième ligne. Au lieu de : doit être élaborée, lisez : doit être votée.

